



Philip Spoerlé\*

## Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verbot der Inhaberaktie mit Ausnahmen
  1. In Zukunft zulässige Inhaberaktien
    - 1.1 Einleitung
    - 1.2 Inhaberaktien bei börsenkotierten Gesellschaften
    - 1.3 Inhaberaktien in Form von Bucheffekten
    - 1.4 Eintragung in das Handelsregister
    - 1.5 Rechtsfolgen bei einer Dekotierung
    - 1.6 Auslösung aus dem System der Intermediärverwahrung
  2. In Zukunft unzulässige Inhaberaktien
    - 2.1 Einleitung
    - 2.2 Automatische Umwandlung in Namenaktien
    - 2.3 Anpassung des Handelsregistereintrags und der Statuten
    - 2.4 Eintragung im Aktienbuch
    - 2.5 Endgültiger Verlust der Aktionärseligenschaft
- III. Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person
- IV. Erweiterung des Sanktionsregimes
  1. Strafrechtliche Sanktionen
    - 1.1 Verletzung der Meldepflicht
    - 1.2 Verletzung der Verzeichnis- und Registerführungspflichten
  2. Organisationsmangel
- V. Fazit und kritische Würdigung

### I. Einleitung

Voraussichtlich am 1. November 2019 wird das neue Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21. Juni 2019 in Kraft treten.<sup>1</sup> Bei diesem handelt es sich um einen Sammel-erlass, mit dem verschiedene Änderungen im OR, StGB, BEG und Steueramtshilfegesetz (StAhiG) vorgenommen werden.

Kernelement der Gesetzesnovelle ist die Einführung eines Verbots von nicht als Bucheffekten ausgestalteten Inhaberaktien bei nicht-börsenkotierten Gesellschaften. Zudem werden verschiedene Klarstellungen bei den Pflichten zur Meldung der an Aktien und Stammanteilen wirtschaftlich berechtigten Personen vorgenommen.<sup>2</sup> Für den Fall der Nichterfüllung der Meldepflichten und der Verletzung bestimmter gesellschaftsrechtlicher Register- und Verzeichnisführungspflichten werden weitgehende Sanktionen eingeführt.<sup>3</sup> Die Änderungen haben zum Ziel, die vom Global Forum<sup>4</sup> anlässlich der letzten Länderprüfung der Schweiz (Phase 2) vom Juli 2016 gemachten Empfehlungen in den Bereichen Transparenz bei juristischen Personen und Informationsaustausch umzusetzen.<sup>5</sup> Sie sind aus Sicht des Bundesrats erforderlich, damit die Schweiz anlässlich des nächsten Länderexamens die Gesamtnote «weitgehend konform» bewahren kann.<sup>6</sup>

Von der Beschränkung der Zulässigkeit von Inhaberaktien werden schweizweit knapp 57'000 oder 26 Prozent aller Aktiengesellschaften betroffen sein.<sup>7</sup> Aufgrund der Verschärfung des Sanktionsregimes im Zusammenhang mit den Pflichten zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen und den Register- und Verzeichnisführungspflichten ist die Gesetzesänderung aber auch für sämtliche weiteren Schweizer Kapitalgesellschaften

<sup>2</sup> Vgl. Art. 697j nOR.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 327 und 327a nStGB.

<sup>4</sup> Für weitere Informationen zum Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (kurz: Global Forum) vgl. die Internetseite <<http://www.oecd.org/tax/transparency/>> (zuletzt besucht am 16. August 2019). Vgl. zudem PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie – Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Diss. St. Gallen 2015, N 704–706 und 716–723 m.w.H.

<sup>5</sup> Die betreffenden Empfehlungen ergeben sich aus der Publikation «Peer Review Report – Phase 2 – Implementation of the Standard in Practice», Switzerland, July 2016, zugänglich im Internet unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/44891.pdf>> (zuletzt besucht am 16. August 2019).

<sup>6</sup> Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018 (18.082), BBl 2019 279–338, 280, 284 und 292 f. Stand Dezember 2018. Vgl. BOTSCHAFT (FN 6), 336. Von diesen befanden sich zum Betrachtungszeitpunkt 5'200 Aktiengesellschaften in Liquidation.

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Baker McKenzie Zurich. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter [philip.spoerle@bakermckenzie.com](mailto:philip.spoerle@bakermckenzie.com) entgegengenommen.

<sup>1</sup> BBl 2019, 4489. In diesem Beitrag werden die mit dem neuen Erlass eingeführten Gesetzesbestimmungen als «nOR», «nStGB», «nBEG» und «nStAhiG» bezeichnet. Die Übergangsbestimmungen werden als «UeB» bezeichnet.

sowie deren Leitungsorgane und Anteilseigner von hoher Relevanz.

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die mit der Gesetzesnovelle eingeführten Änderungen im Gesellschafts- und Strafrecht. Nicht behandelt werden die Neuerungen im Bereich Informationsaustausch für Steuerzwecke, die in erster Linie im StAhiG ihren Niederschlag gefunden haben.<sup>8</sup> Nicht diskutiert wird schliesslich, inwieweit die Gesetzesänderung für die Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum erforderlich ist.<sup>9</sup>

## II. Verbot der Inhaberaktie mit Ausnahmen

### 1. In Zukunft zulässige Inhaberaktien

#### 1.1 Einleitung

Aktien lauten von Gesetzes wegen entweder auf den Namen oder auf den Inhaber. Beide Formen von Aktien können als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes (BEG) ausgestaltet werden.<sup>10</sup>

Unter dem neuen Recht wird die Möglichkeit zur Ausgabe von Inhaberaktien erheblich eingeschränkt. Gemäss Art. 622 nOR ist diese Aktienart nur noch zulässig, wenn die Inhaberaktien (a) von einer Gesellschaft mit börsenkotierten Beteiligungspapieren ausgegeben werden oder (b) als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.<sup>11</sup> Sind diese Bedingungen erfüllt, muss dies im Handelsregister vermerkt werden.<sup>12</sup> Verliert die Gesellschaft ihren Status als Publikumsgesellschaft, muss sie innerhalb einer Frist von sechs Monaten ihre Inhaberaktien in Namenaktien umwandeln oder als Bucheffekten ausgestalten.<sup>13</sup>

Aufgrund von Art. 656a Abs. 2 OR gilt das neue Regime auch für Inhaberpartizipationsscheine.<sup>14</sup> Zudem sind

die neuen Regeln über die Verweisnormen in Art. 764 Abs. 2 OR und Art. 110 Abs. 1 KAG auch auf die Kommandit-AG und die SICAF anwendbar.<sup>15</sup> Nicht davon betroffen sind hingegen Genussscheine (Art. 657 Abs. 1 OR) und Forderungsrechte wie z.B. Inhaberobligationen.<sup>16</sup>

Die Gesetzesänderung ist ab ihrem Inkrafttreten auf sämtliche AG anwendbar. Gesellschaften, die beim Inkrafttreten über neu nicht mehr zulässige Inhaberaktien verfügen, steht eine Übergangsfrist von 18 Monaten zur Verfügung, während der sie ihre Inhaberaktien entweder freiwillig in Namenaktien umwandeln oder dafür sorgen können, dass diese auch unter dem neuen Recht zulässig sind.<sup>17</sup> Während der Dauer der Übergangsfrist sind auf solche Inhaberaktien die Art. 697i, 697k, 697l und 697m OR des geltenden Rechts weiterhin anwendbar.

Das neue Regime lässt die Inhaberaktie zum inskünftig nur noch selten anzutreffenden Paradiesvogel werden. So verfügen von den zurzeit 225 an der SIX Swiss Exchange AG kotierten Schweizer Gesellschaften nur 22 über (kotierte) Inhaberaktien.<sup>18</sup> Inhaberaktien in Form von Bucheffekten dürfte es in der Praxis bei nicht-börsenkotierten Gesellschaften nur in Ausnahmefällen geben.

#### 1.2 Inhaberaktien bei börsenkotierten Gesellschaften

Inhaberaktien sind gemäss Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR weiterhin zulässig, wenn die Gesellschaft *Beteiligungspapiere* an einer Börse kotiert hat. Damit besteht immer dann eine Ausnahme vom Verbot der Ausgabe von Inhaberaktien, wenn eine Kategorie von Aktien, Partizipationsscheinen oder Genussscheinen<sup>19</sup> der Gesellschaft ganz oder teilweise an einer Börse kotiert ist. Nicht notwendig ist dagegen, dass die Inhaberaktien selbst börsenkotiert sind.<sup>20</sup>

<sup>8</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 nStAhiG (Zustellung von Schriftstücken), Art. 18a nStAhiG (Amtshilfe betreffend verstorbene Personen und Parteistellung), Art. 22g Abs. 3<sup>bis</sup> nStAhiG (Datenzugriff) und Art. 22i<sup>bis</sup> nStAhiG (Verzeichnis über Inhaber von Rechtseinheiten mit tatsächlicher Verwaltung in der Schweiz).

<sup>9</sup> So die BOTSCHAFT (FN 6), 280 und 289. Zu den aus Sicht des Gesetzgebers möglichen Auswirkungen einer ungenügenden Benennung durch das Global Forum vgl. BOTSCHAFT (FN 6), 284–287. Für weitere Ausführungen zum Hintergrund und Zweck der Gesetzesnovelle vgl. LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLÉ, Das neue Global Forum-Gesetz: Die geplante Enteignung von Inhaberaktionären und andere Unzulänglichkeiten, GesKR 2/2018, 87–108, 90.

<sup>10</sup> Art. 622 Abs. 1 OR.

<sup>11</sup> Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR.

<sup>12</sup> Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR.

<sup>13</sup> Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> nOR.

<sup>14</sup> Damit dürften von der Gesetzesänderung auch verschiedene Kantonalbanken betroffen sein, da diese neben einem Dotationskapital verschiedentlich auch über ein Partizipationskapital verfügen.

<sup>15</sup> Bei der SICAV müssen die Unternehmeraktien gemäss Art. 40 Abs. 1 KAG ohnehin auf den Namen lauten.

<sup>16</sup> Vgl. bereits GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 99 m.w.N.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu Ziff. II.2.1.

<sup>18</sup> Stand: 17. August 2019. Zusätzlich gibt es sechs Gesellschaften mit kotierten (Inhaber-)Partizipationsscheinen, wovon vier Kantonalbanken sind.

<sup>19</sup> Als Beteiligungspapiere gelten nach Art. 2 lit. i FinfraG i.V.m. Art. 2 UEV Aktien, Partizipationsscheine und Genussscheine. Zudem fallen auch Wandel-, Erwerbs- und Optionsrechte auf Beteiligungspapiere unter den Begriff des Beteiligungspapiers. Letztere sind vorliegend jedoch nicht von Interesse.

<sup>20</sup> Damit entspricht die Regelung der von der h.L. im Zusammenhang mit der Ausnahme von den Meldepflichten gemäss Art. 697i und 697j OR vertretenen Auffassung, wonach diese immer dann besteht, wenn irgendeine Art von Beteiligungspapieren der Gesellschaft ganz oder teilweise an einer Börse kotiert ist. Vgl. hierzu LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?, eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI, GesKR 1/2014, 4–21, 11; LUKAS GLANZMANN, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesell-

Inhaberaktien werden in diesem Fall vom Gesetzgeber deshalb toleriert, weil die international geforderte Transparenz bereits aufgrund der börsenrechtlichen Offenlegungspflicht gemäss Art. 120 Abs. 1 FinfraG besteht. Bemerkenswert ist aber, dass der Gesellschaft auch bei einer Börsenkotierung nicht zwingend alle Aktionäre und wirtschaftlich berechtigten Personen bekannt sind: Einerseits aktualisiert sich die börsenrechtliche Offenlegungspflicht erst bei der Erreichung, Unter- oder Überschreitung von drei Prozent der Stimmrechte. Inhaberaktien mit einer darunter liegenden Beteiligung können deshalb auch bei Publikumsgesellschaften anonym bleiben.<sup>21</sup> Andererseits betrifft die Offenlegungspflicht nach Art. 120 Abs. 1 FinfraG nur den Erwerb von Aktien und den Aufbau gewisser Derivatepositionen, wohingegen es sich beim Erwerb von Partizipationsscheinen nicht um einen meldepflichtigen Tatbestand handelt.<sup>22</sup> In Bezug auf die Eigentümer von Inhaberpartizipationsscheinen besteht demnach bei Publikumsgesellschaften gar keine Transparenz.<sup>23</sup>

Als Börse gilt jede in der Schweiz zugelassene Börse im Sinne von Art. 26 lit. b FinfraG.<sup>24</sup> Dies sind zurzeit die SIX Swiss Exchange AG und die BX Swiss AG. Im Unterschied zum Börsenrecht, das für die Offenlegungspflicht zwingend eine Kotierung von Beteiligungspapieren in der Schweiz voraussetzt, sind Inhaberaktien aber auch bei einer Kotierung der Gesellschaft an einer ausländischen Börse zulässig, sofern dadurch ein gleichwertiges Transparenzniveau gewährleistet wird.<sup>25</sup> Ob diese

Voraussetzung erfüllt ist, ist auf der Basis der Meldepflicht nach Art. 120 FinfraG zu beurteilen, wobei kleinere Abweichungen nach «unten» unproblematisch sein müssen und eine bloss summarische Prüfung genügen sollte.<sup>26</sup> Bei einer Kotierung an einer Börse, die über die Vollmitgliedschaft der Federation of European Securities Exchanges (FESE)<sup>27</sup> verfügt oder ein Mitglied der World Federation of Exchanges (WFE)<sup>28</sup> ist, sollte generell davon ausgegangen werden, dass das Transparenzregime qualitativ gleichwertig ist wie dasjenige in der Schweiz.

### 1.3 Inhaberaktien in Form von Bucheffekten

Unter dem neuen Recht ebenfalls zulässig sind Inhaberaktien dann, wenn sie als Bucheffekten im Sinne des BEG ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.<sup>29</sup> In diesem Fall kann die Information über die Rechtszuständigkeit an den Inhaberaktien und die an diesen wirtschaftlich berechtigten Personen entlang der Verwahrungskette festgestellt werden, womit die Anonymität entfällt.<sup>30</sup>

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ist davon auszugehen, dass die Ausnahme vom Verbot der Inhaberaktie nur gilt, wenn alle Inhaberaktien einer Gesellschaft als Bucheffekten ausgestaltet sind. Dies folgt aus dem Wortlaut von Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR, der vorsieht, dass die Gesellschaft im Handelsregister eintragen lassen muss, ob sie «ihre» (d.h. sämtliche) Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet hat.

Die Entstehung von Bucheffekten setzt eine Hinterlegung von Globalurkunden oder Wertpapieren zur Sammelverwahrung bei einer Verwahrungsstelle oder die Eintragung von Wertrechten im Hauptregister einer Verwahrungsstelle sowie in allen Fällen deren Gutschrift in einem oder mehreren Effektenkonten voraus.<sup>31</sup> Für die Zulässigkeit von Inhaberaktien in Form von Bucheffekten ist es unerheblich, auf welche Weise die Bucheffekten geschaffen worden sind. Nicht ausreichend sind aber ebenfalls verbreitete Drittverwahrungen von Titeln, wie z.B. die Emittentenverwahrung oder die Verwahrung bei

schaftsrecht XI, Bern 2016, 267–312, 289; DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 2015, 849–867, 854.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu bereits GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 92.

<sup>22</sup> BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 50; SHK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, Art. 120 N 57 und 60–63; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, § 3 N 345; GEORG G. GOTSCHEV, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der organisierten Gruppe gemäss Börsengesetz, Diss. Zürich 2005, § 2 N 242.

<sup>23</sup> Gemäss BOTSCHAFT (FN 6), 313, ist diese nicht vollständige Transparenz allerdings akzeptabel, da die Befreiung börsenkotierter Gesellschaften von den gesellschaftsrechtlichen Transparenzvorschriften im Rahmen der Länderüberprüfungen der GAFI nicht in Frage gestellt wurde.

<sup>24</sup> Vgl. bereits GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 92; ähnlich BOTSCHAFT (FN 6), 313. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, nach dem bei einer Anknüpfung im OR an den Börsen- und Kotierungsbegriff auf die Begriffsverwendung gemäss FinfraG abgestellt wird (vgl. für die aktienrechtliche Offenlegungspflicht BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663c N 12 und insb. Art. 727 N 9 f.; CHK-IMARK/LIPP, Art. 663c OR N 1; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung, unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich 2009, § 8 N 488 (insb. auch Fn. 874)).

<sup>25</sup> GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 92; BOTSCHAFT (FN 6), 313. Siehe hierzu im Zusammenhang mit Art. 697i und 697j OR ähnlich bereits SPOERLÉ (FN 4), N 943 i.V.m. N 807; GLANZMANN (FN 20), 280; GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 20), 10; gl.M. GERICKE/KUHN (FN 20), 858; BSK OR II-HESS/DETTWILER, Art. 697i N 71; MARTIN FREY/TIMO LEIS, Offenlegungspflichten nach GAFI und Pri-

vate Equity – Wie, wer, was oder die Quadratur des Kreises, in: Gericke (Hrsg.), Private Equity V, Zürich 2016, 183–204, 194 f.; a.M. NICOLAS FACINCANI, Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.), Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich 2017, 177–206, 186, gemäss dem diese Anforderung nicht aus dem Gesetz abgeleitet werden könne.

<sup>26</sup> Vgl. auch SPOERLÉ (FN 4), N 807; CHK-SPOERLÉ, Art. 697j OR N 47; gl.M. GERICKE/KUHN (FN 20), 858.

<sup>27</sup> Vgl. die Internetseite <<https://fese.eu/about-fese/#members>> (zuletzt besucht am 18. August 2019).

<sup>28</sup> Vgl. die Internetseite <<http://www.world-exchanges.org/home/index.php/members/wfe-members>> (zuletzt besucht am 18. August 2019).

<sup>29</sup> Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu ausführlich SPOERLÉ (FN 4), N 832–836.

<sup>31</sup> Art. 6 Abs. 1 BEG.

einem Finanzintermediär im Einzeldepot oder im Sammeldepot mit Einzel- oder Streifbandverwahrung. In diesen Fällen entstehen normalerweise keine Bucheffekten.<sup>32</sup>

Damit die Inhaberaktien zulässig sind, muss die Gesellschaft eine Verwahrungsstelle in der Schweiz auswählen und bei dieser die Bucheffekten schaffen. Dies ist deshalb von Relevanz, weil in der Praxis zuweilen Bucheffekten geschaffen werden, ohne dass dies dem Willen der Gesellschaft entspricht oder diese hiervon Kenntnis hat. Als Verwahrungsstelle in der Schweiz gilt jede Institution i.S.v. Art. 4 Abs. 2 BEG. Dies sind mit Ausnahme der Schweizerischen Post ausschliesslich Finanzinstitute, die der Aufsicht der FINMA oder der Schweizerischen Nationalbank unterstehen.<sup>33</sup> Der Gesellschaft steht es frei, mehrere Verwahrungsstellen zu bezeichnen, bei denen die Bucheffekten geschaffen werden, was allerdings in der Praxis kaum sinnvoll sein dürfte.<sup>34</sup>

## 1.4 Eintragung in das Handelsregister

### a. Eintragungsmodalitäten

Gesellschaften mit Inhaberaktien, deren Beteiligungspapiere per Datum des Inkrafttretens der Gesetzesnovelle an einer Börse kotiert oder deren Inhaberaktien zu diesem Zeitpunkt als Bucheffekten ausgestaltet sind, müssen im Handelsregister eintragen lassen, dass einer dieser beiden Tatbestände erfüllt ist.<sup>35</sup> Nur wenn die Anmeldung beim Handelsregisteramt am Gesellschaftssitz erfolgt ist, gelten die Inhaberaktien als zulässig.<sup>36</sup> Die Anmeldung erfolgt nach den allgemeinen handelsregisterrechtlichen Regeln.<sup>37</sup>

Aufgrund des Belegprinzips<sup>38</sup> muss die Gesellschaft die Börsenkotierung bzw. die Ausgestaltung der Inhaberak-

tien als Bucheffekten gegenüber dem Handelsregisteramt grundsätzlich belegen.<sup>39</sup> Mit der Botschaft ist davon auszugehen, dass bei einer Kotierung von Beteiligungspapieren an einer schweizerischen Börse eine Eintragung gestützt auf die Auskunft bzw. eine Bestätigung der Gesellschaft vorgenommen werden kann, ohne dass die Gesellschaft die Kotierung durch Einreichung weiterer Nachweise belegen muss. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Kotierung, kann das Handelsregisteramt eine schriftliche Bestätigung der Börse verlangen.<sup>40</sup> Dasselbe muss auch bei einer Kotierung an einer ausländischen Börse gelten. Die in der Botschaft vertretene Auffassung, wonach in diesem Fall sowohl die Kotierung als auch das Transparenzniveau durch Beweismittel wie Bestätigungen der FINMA und rechtsvergleichende Gutachten nachgewiesen werden müsse<sup>41</sup>, ist klar überschüssend und deshalb abzulehnen.<sup>42</sup> Sodann sollten an die Äquivalenz des Transparenzregimes (ein Erfordernis, das sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt) bei einer ausländischen Kotierung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Bei einer Kotierung an einer international anerkannten Börse ist davon auszugehen, dass dieses Erfordernis erfüllt ist.<sup>43</sup> Für den Nachweis der Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten genügt die Einreichung eines VR-Beschlusses, aus dem die Bezeichnung der Verwahrungsstelle(n) hervorgeht und eine Bestätigung derselben, dass die Inhaberaktien bei ihr/ihnen hinterlegt oder in das Hauptregister eingetragen worden sind.<sup>44</sup>

Das Handelsregisteramt trägt die Information, wonach es sich um eine börsenkotierte Gesellschaft oder eine Gesellschaft mit Inhaberaktien in Form von Bucheffekten handelt, unter der Rubrik «Bemerkungen» im Handelsregister ein.

### b. Anmeldefrist

Der Verwaltungsrat muss die Eintragung nach Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR beim Handelsregisteramt innerhalb von 18 Monaten nach dem Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR verlangen.<sup>45</sup> Dieselbe Frist gilt für Gesellschaften mit Inhaberaktien, die vor Ablauf der 18 Monate entweder neu eine Kotierung ihrer Beteiligungspapiere an einer Börse vornehmen oder ihre Inhaberaktien

<sup>32</sup> Vgl. auch SPOERLÉ (FN 4), N 825.

<sup>33</sup> BEG-Komm-Maizar/Bauer, Art. 4 N 2; BSK BEG-Kunz, Art. 4 N 10 f.

<sup>34</sup> Diese Möglichkeit besteht allerdings nur bei auf der Basis von sammelverwahrten Einzel Titeln oder mehreren Globalurkunden geschaffenen Bucheffekten. Liegen den Bucheffekten Wertrechte zugrunde, ist die Wahl mehrerer Verwahrungsstellen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 BEG ausgeschlossen. Nach dieser Bestimmung muss für jede Emission von Wertrechten zwingend eine einzige Verwahrungsstelle das Hauptregister führen. Von derselben Gesellschaft ausgegebene Inhaberaktien sind untereinander vertretbare Titel, die auch dann als Emission im gesetzlichen Sinn gelten, wenn die Ausgabe zeitlich gestaffelt erfolgt.

<sup>35</sup> Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR.

<sup>36</sup> Dies ergibt sich indirekt aus Art. 3 UeB, der vorsieht, dass eine automatische Umwandlung gemäss Art. 4 UeB auch börsenkotierte Gesellschaften und Gesellschaften mit Inhaberaktien in Form von Bucheffekten trifft, sofern diese keine Eintragung nach Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR verlangen.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 15–35 HRegV.

<sup>38</sup> Art. 15 Abs. 2 HRegV. Mit dem Inkrafttreten der Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts, die von den eidgenössischen Räten in der Frühjahrssession 2017 beschlossen wurde, wird das Belegprinzip in Art. 929 OR überführt.

<sup>39</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 314.

<sup>40</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 314.

<sup>41</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 314.

<sup>42</sup> GL.M. LUKAS GLANZMANN, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, SJZ 20/2019 (noch nicht publ.), Kap. II.4.a).

<sup>43</sup> Vgl. bereits Ziff. II.1.2.

<sup>44</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 314. Ablehnend in Bezug auf das Erfordernis der Einreichung einer Bestätigung der Verwahrungsstelle GLANZMANN (FN 42), Kap. II.4.a).

<sup>45</sup> Art. 2 UeB. Art. 2 E-UeB sah noch vor, dass die Gesellschaft die Eintragung innerhalb dieser Frist hätte «vornehmen lassen» müssen. Da die Gesellschaft keinen Einfluss auf den effektiven Zeitpunkt der Eintragung hat, wurde dies richtigerweise korrigiert.

neu als Bucheffekten ausgestalten. Die Frist gilt dann als gewahrt, wenn die Anmeldung und die erforderlichen Belege am letzten Tag der Frist beim zuständigen Amt eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden oder dem Absender bestätigt wurde, dass die elektronische Anmeldung und die erforderlichen Belege spätestens am letzten Tag der Frist eingegangen sind.<sup>46</sup>

Bei einer zu späten Meldung werden die Inhaberaktien von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt (Art. 4 UeB), und es kommen die weiteren Rechtsfolgen gemäss den Art. 5–8 UeB zur Anwendung.<sup>47</sup>

Keine explizite gesetzliche Regelung hat der Tatbestand erfahren, bei dem eine Gesellschaft nach Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR gegründet wird und die Gründer diese mit Inhaberaktien ausstatten wollen. Diesfalls muss der Handelsregisterführer die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ablehnen, falls mit der Anmeldung der Gründung nicht gleichzeitig die erforderlichen Belege betreffend Börsenkotierung oder Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten mit Wirkung zum Gründungszeitpunkt eingereicht werden. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil das Handelsregisteramt ansonsten eine Gesellschaft in das Register eintragen müsste, bei der bereits zum Gründungszeitpunkt ein Organisationsmangel vorliegt.<sup>48</sup> Der für die Gründung verantwortliche Notar ist nicht dazu verpflichtet, zu prüfen, ob die Inhaberaktien zulässig sind.

## 1.5 Rechtsfolgen bei einer Dekotierung

### a. Umwandlung oder Schaffung von Bucheffekten

Werden alle Beteiligungspapiere einer Gesellschaft dekotiert, müssen etwaige von dieser ausgegebene Inhaberaktien innerhalb von sechs Monaten in Namenaktien umgewandelt oder als Bucheffekten ausgestaltet werden.<sup>49</sup> Diese Massnahme dient dazu, die aus Sicht des Gesetzgebers erforderliche Transparenz aufrecht zu erhalten.

Auslösendes Element für die Pflicht zur Umwandlung oder Ausgestaltung als Bucheffekten ist die effektive Dekotierung sämtlicher Beteiligungspapiere. Keine Umwandlung ist dagegen notwendig bei einer bloss temporären Handelseinstellung oder einer zeitweiligen Aussetzung der Kotierung aufgrund der Nichterfüllung der börsenrechtlichen Pflichten. Hat die Gesellschaft mehrere Kategorien von Beteiligungstiteln an einer Börse kotiert oder besteht ein Dual Listing, wird die Pflicht zudem nicht bereits durch die Dekotierung einer einzelnen

Kategorie oder eine Aufhebung des Zweitlistings ausgelöst.<sup>50</sup> Dasselbe gilt schliesslich dann, wenn die vormalig börsenkotierte Gesellschaft ihre Inhaberaktien bereits als Bucheffekten ausgestaltet hat, d.h. beide Tatbestände von zulässigen Inhaberaktien erfüllt. Dies dürfte in der Praxis bei börsenkotierten Gesellschaften mit Inhaberaktien die Regel sein.

Die Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien fällt in die Kompetenz der Generalversammlung. Der öffentlich zu beurkundende Umwandlungsbeschluss wird von Gesetzes wegen<sup>51</sup> mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (relatives Mehr).<sup>52</sup> Sollen die Inhaberaktien in vinkulierte Namenaktien umgewandelt werden, müssen hierzu mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte zustimmen.<sup>53</sup>

Entscheidet sich die Gesellschaft dazu, den gesetzmässigen Zustand durch die Schaffung von Bucheffekten wiederherzustellen, muss dies der Verwaltungsrat beschliessen. Die Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten setzt allerdings voraus, dass die Gesellschaft die Identität sämtlicher ihrer Inhaberaktionäre kennt. Dies dürfte in der Praxis regelmässig nicht der Fall sein, weil die Meldepflicht nach Art. 120 FinfraG erst ab einer Beteiligung von drei Prozent der Stimmrechte greift.<sup>54</sup> Sind nicht bereits alle Inhaberaktien der ehemaligen Publikumsgesellschaft als Bucheffekten ausgestaltet, z.B. weil es (unbekannte) Heimverwahrer gibt, dürfte die nachträgliche Schaffung damit eine theoretische Möglichkeit bleiben. Wenn dieser Fall trotzdem eintritt, dann müssen die Bucheffekten trotz dem fehlenden Hinweis darauf in Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> nOR zwingend bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz geschaffen werden und die Gesellschaft muss die Eintragung dieser Tatsache im Handelsregister verlangen.<sup>55</sup>

### b. Frist

Die Frist von sechs Monaten zur Umwandlung oder Bucheffekten-Schaffung beginnt am letzten Handelstag der dekotierten Titel. Nicht massgebend ist dagegen die Genehmigung des Dekotierungsgesuchs durch die Börse sowie die öffentliche Ankündigung der Dekotierung. Ebenfalls nicht zu berücksichtigen ist ein etwaiger Nachhandel.<sup>56</sup>

<sup>46</sup> Art. 15 Abs. 3 HRegV (nach der Durchführung der Revision der Handelsregisterverordnung Art. 26 HRegV).

<sup>47</sup> Vgl. hierzu Ziff. II.2.2–II.2.5.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu Ziff. II.1.5c.

<sup>49</sup> Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> nOR.

<sup>50</sup> GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 98.

<sup>51</sup> Nach Art. 704a Abs. 2 OR dürfen die Statuten die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien nicht erschweren.

<sup>52</sup> Art. 647 OR und Art. 704a OR. Obwohl in der Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt, gelten Stimmenthaltungen nicht als abgegebene Stimmen und bleiben damit unberücksichtigt.

<sup>53</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

<sup>54</sup> Vgl. dazu Ziff. II.1.2.

<sup>55</sup> Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2<sup>bis</sup> OR analog.

<sup>56</sup> GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 98.

Die Frist berechnet sich mangels einer spezifischen gesetzlichen Anordnung nach den allgemeinen obligationsrechtlichen Regeln und endet in Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 an demjenigen Tag des sechsten Monats, der zahlgleich ist mit dem Tag, an dem die Umwandlungspflicht entstanden ist. Fehlt dieser Tag in diesem Monat, läuft die Frist am letzten Tag des Monats ab. Die Frist ist eingehalten, wenn die Gesellschaft den Umwandlungsbeschluss spätestens am letzten Tag fällt oder bis dann sämtliche Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet hat. Im zweitgenannten Fall ist zudem erforderlich, dass der Verwaltungsrat vor dem Fristablauf beim Handelsregisteramt verlangt hat, den Bucheffekten-Tatbestand im Handelsregister einzutragen.

### c. Nichteinhalten der Pflichten bei einer Dekotierung

Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> nOR äussert sich nicht zu den Konsequenzen für den Fall, dass eine vormals börsenkotierte Gesellschaft ihre Inhaberaktien nicht innert der gesetzlichen Frist von sechs Monaten in Namenaktien umwandelt oder als Bucheffekten ausgestaltet. Die Missachtung dieser Pflicht zieht unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich, abhängig davon, wann die Dekotierung erfolgt:

Hat eine Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben, ohne dass sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind, liegt grundsätzlich ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 4 nOR vor. Bei einer Dekotierung ist dies insofern zu präzisieren, als dass der Mangeltatbestand nur erfüllt sein kann, wenn auch die Frist von sechs Monaten nach Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> nOR abgelaufen ist. Besteht ein Organisationsmangel, kann das Gericht die erforderlichen Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands ergreifen. Darunter fällt unter anderem die Anordnung, die Inhaberaktien in Namenaktien umzuwandeln.<sup>57</sup> Zudem sollte es dem Gericht auch möglich sein, die Umwandlung im Rahmen eines Gestaltungsurteils direkt vorzunehmen.<sup>58</sup> Da Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 4 nOR erst 18 Monate nach dem Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR in Kraft gesetzt wird, kann ein Organisationsmangel im Sinne dieser Bestimmung allerdings frühestens ab dem 1. Mai 2021 (vorausichtlich) vorliegen.

Die Konsequenzen einer Dekotierung, die vor dem Ablauf der erwähnten Frist von 18 Monaten erfolgt, ergeben sich aus Art. 3 und 4 Abs. 1 UeB. Diese sehen vor, dass sämtliche nach dem neuen Recht nicht mehr zulässigen Inhaberaktien 18 Monate nach dem Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR automatisch in Namenaktien umgewandelt werden. Dies gilt auch für Inhaberaktien einer vor Fristablauf dekotierten Gesellschaft, falls nicht

vorher der gesetzmässige Zustand<sup>59</sup> wiederhergestellt wird.<sup>60</sup> Diesfalls kann sich die Gesellschaft auch nicht auf eine über den Ablauf der Frist von 18 Monaten hinaus laufende Frist gemäss Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> nOR berufen.

Interessant ist, dass das Gesetz keine Regelung enthält, wie bei einer Dekotierung nach Ablauf der Frist von 18 Monaten mit Inhaberaktionären umgegangen werden muss, die der Gesellschaft nicht bekannt sind. Solche kann es deshalb geben, weil die Meldepflicht nach Art. 120 FinfraG erst ab Erreichen von drei Prozent der Stimmrechte besteht.<sup>61</sup> Da die Meldepflicht nach Art. 697*i* OR zu diesem Zeitpunkt bereits ausser Kraft gesetzt ist, müssen solche Inhaberaktionäre keine Meldung gemäss dieser Bestimmung mehr erstatten. Nach der Umwandlung ihrer Inhaberaktien in Namenaktien können sie zudem wie gewöhnliche Namenaktionäre ein Gesuch um Eintragung in das Aktienbuch nach Massgabe von Art. 686 OR stellen.<sup>62</sup>

### 1.6 Auslösung aus dem System der Intermediärverwahrung

Während Art. 622 Abs. 2<sup>ter</sup> OR die Rechtsfolgen einer Aufhebung der Kotierung an einer Börse explizit regelt, besteht keine äquivalente Regelung für den Fall, dass die Inhaberaktien nicht mehr als Bucheffekten bestehen. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber entschieden, die Aufhebung von Bucheffekten immer dann auszuschliessen, wenn dies zur Entstehung von nicht zulässigen Inhaberaktien führen würde. Dies soll dadurch erreicht werden, dass die von der Gesellschaft bezeichnete Verwahrungsstelle bei nicht-börsenkotierten AG in Art. 8*a* nBEG verpflichtet wird, dafür zu sorgen, dass für Inhaberaktien nur in folgenden Fällen Wertpapiere ausgeliefert werden:

- bei Beendigung der Funktion der ursprünglichen Verwahrungsstelle an eine andere von der Gesellschaft als Ersatz bezeichnete Verwahrungsstelle (Art. 8*a* lit. a nBEG);
- bei einer Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien an die Gesellschaft (Art. 8*a* lit. b nBEG); und
- bei einer Vernichtung der Inhaberaktien an die Gesellschaft (Art. 8*a* lit. c nBEG).<sup>63</sup>

Damit wird die an sich von Gesetzes wegen bestehende Möglichkeit der Kontoinhaberinnen und -inhaber

<sup>59</sup> D.h. dass die Inhaberaktien im ordentlichen Verfahren in Namenaktien umgewandelt oder als Bucheffekten ausgestaltet wurden oder die Gesellschaft eine Wiederkotierung erwirkt hat.

<sup>60</sup> A.M. GLANZMANN (FN 42), Kap. II.4.b), nach dem auch in solchen Fällen Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 4 nOR anwendbar sein soll, obwohl er unter Umständen formell noch nicht in Kraft getreten ist.

<sup>61</sup> Vgl. Ziff. II.1.2.

<sup>62</sup> GLANZMANN (FN 42), Kap. II.4.b).

<sup>63</sup> In Art. 8*a* lit. a nBEG ist fälschlicherweise von der «Verwahrungsstelle» die Rede. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Fehler vor dem Inkrafttreten der Regelung noch korrigiert wird.

<sup>57</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 319.

<sup>58</sup> Gl.M. GLANZMANN (FN 42), Kap. II.4.b).

eingeschränkt, von der Verwahrungsstelle jederzeit die Auslieferung von Wertpapieren für ihre Bucheffekten zu verlangen.<sup>64</sup>

Die Regelung von Art. 8a nBEG ist allerdings insofern lückenhaft, als dass sie nur Sachverhalte erfasst, in denen Wertpapiere i.S. der physischen, den Bucheffekten zugrunde liegenden Titel ausgeliefert werden sollen.<sup>65</sup> Bucheffekten können jedoch auch ohne Auslieferung von Wertpapieren aufgehoben werden. Der Sinn und Zweck der Bestimmung gebietet, Art. 8a nBEG auf diesen Fall analog anzuwenden und dies nur in einem der beschriebenen Fälle zuzulassen.<sup>66</sup> Zu beachten ist ferner, dass die Gesellschaft bei einer «Umwandlung» gemäss Art. 8a lit. b nBEG die Wertpapiere lediglich für Rechnung der Aktionäre entgegen nimmt und dann an diese weiterleitet. Mit der «Vernichtung» von Inhaberaktien gemäss Art. 8a lit. c nBEG ist schliesslich eine Aktienvernichtung im Rahmen einer Kapitalherabsetzung gemäss den Art. 732–735 OR gemeint.

## 2. In Zukunft unzulässige Inhaberaktien

### 2.1 Einleitung

Inhaberaktien sind nach neuem Recht nicht mehr zulässig, wenn sie nicht als Bucheffekten ausgestaltet oder von einer Gesellschaft ausgegeben wurden, die über börsenkotierte Beteiligungspapiere verfügt. Dasselbe gilt aufgrund der Verweisnorm von Art. 656a Abs. 2 OR für Inhaberpartizipationsscheine.

Gesellschaften, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR über nicht mehr zulässige Inhabertitel verfügen, haben 18 Monate Zeit, diese freiwillig in Namenaktien oder -partizipationsscheine umzuwandeln, sie als Bucheffekten auszugestalten oder sich an einer Börse kotieren zu lassen.<sup>67</sup> Sie sind hierzu aber nicht verpflichtet. Stattdessen wird der neuen gesetzlichen Konzeption dadurch zum Durchbruch verholfen, dass Inhaberaktien oder -partizipationsscheine, für die bis zum Fristablauf keine Eintragung nach Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> OR beim Handelsregister verlangt wurde, von Gesetzes wegen in Namenaktien oder -partizipationsscheine umgewandelt werden.<sup>68</sup>

Während der Übergangsfrist sind auf bestehende Inhaberaktien und -partizipationsscheine die Art. 697i, 697k, 697l und 697m OR weiterhin uneingeschränkt anwendbar. Die in Bezug auf diese Vorschriften eingeführten Änderungen werden erst 18 Monate nach dem Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR in Kraft gesetzt. Damit kann ein Inhaberaktionär, der noch keine Meldung i.S.v. Art. 697i OR erstattet hat, dies innert der 18-Monatsfrist nachholen. Die Meldung hat zur Folge, dass etwaige suspendierte oder sistierte Mitgliedschafts- und Vermögensrechte wieder aufleben.<sup>69</sup>

Entscheidet sich die Gesellschaft dazu, ihre Inhaberaktien vor dem Fristablauf freiwillig in Namenaktien umzuwandeln, kann der ehemalige Inhaberaktionär nach Massgabe von Art. 686 OR verlangen, in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen zu werden. Macht er das nicht, hat dies keine Sanktionen zur Folge.

### 2.2 Automatische Umwandlung in Namenaktien

Sämtliche Inhaberaktien, die 18 Monate nach Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR nicht Gegenstand einer Eintragung gemäss Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR sind, werden von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt.<sup>70</sup> Ein weiteres Zutun der Gesellschaft oder der Aktionäre ist nicht erforderlich. Für den Zeitpunkt der Umwandlung stellt das Gesetz auf die Eintragung des Kotierungs- bzw. Bucheffektensachverhalts im Handelsregister ab. Richtigerweise darf die automatische Umwandlung aber erst und nur dann erfolgen, wenn die Eintragung bis zum letzten Tag der 18-Monatsfrist nicht *verlangt* wurde. Würde auf den Registereintrag abgestellt, hätte dies ggf. zur Folge, dass die Inhaberaktien vor dem Ablauf der Übergangsfrist gemäss Art. 2 UeB bereits umgewandelt sind.

Die Umwandlung wirkt gegenüber jeder Person, unabhängig von etwaigen anderslautenden Statutenbestimmungen oder Handelsregistereinträgen und unabhängig davon, ob Aktientitel ausgegeben worden sind oder nicht.<sup>71</sup> Neben den Aktien selbst ist auch ein bereits geschaffenes bedingtes oder genehmigtes Kapital von der Umwandlung betroffen.<sup>72</sup> Andernfalls würde etwaigen bereits ausstehenden Wandel- oder Optionsrechten die Grundlage entzogen. Die nochmalige Schaffung des Kapitals würde zudem zu einem erheblichen und nicht gerechtfertigten Mehraufwand führen.

Die umgewandelten Aktien behalten ihren Nennwert, ihre Liberierungsquote und ihre Eigenschaften in Bezug auf das Stimmrecht und die vermögensrechtlichen Ansprüche. Sodann ist deren Übertragbarkeit von Geset-

<sup>64</sup> Art. 8 BEG.

<sup>65</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 334.

<sup>66</sup> A.M. GLANZMANN (FN 42), Kap. II.4.c), gemäss dem in diesem Fall die Rechtsfolgen der Dekotierung anwendbar sein sollen.

<sup>67</sup> Neben die beiden letztgenannten Fälle tritt eine Meldung an das zuständige Handelsregisteramt i.S.v. Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR.

<sup>68</sup> Das ergibt sich aus Art. 3 UeB, der aufgrund seiner Formulierung aber nur schwer verständlich ist und den Eindruck erweckt, die Art. 4–8 UeB würden bei Publikumsgesellschaften und Gesellschaften mit Inhaberaktien in Form von Bucheffekten auch dann keine Anwendung finden, wenn eine Anmeldung des Ausnahmetatbestands beim Handelsregister unterblieben ist.

<sup>69</sup> Art. 697m Abs. 1 und 3 OR.

<sup>70</sup> Art. 4 Abs. 1 UeB.

<sup>71</sup> Art. 4 Abs. 1 Satz 2 UeB.

<sup>72</sup> GL.M. GLANZMANN (FN 42), Kap. II.2.a).

zes wegen nicht beschränkt.<sup>73</sup> Damit wird ein wichtiges Wesensmerkmal der bisherigen Inhaberaktien auf die neuen Namenaktien übertragen. Der Umstand, dass die Merkmale der ehemaligen Inhaberaktien gewissermassen in die neuen Namenaktien «überführt» werden, führt dazu, dass diese immer dann eine eigene Kategorie von Namenaktien bilden, wenn es zusätzliche vorbestehende Namenaktien mit anderen Charakteristika gibt.<sup>74</sup>

Fraglich ist, ob die in Art. 4 Abs. 3 UeB stipulierte freie Übertragbarkeit der neuen Namenaktien so zu verstehen ist, dass auch die gesetzlichen Übertragungsbeschränkungen in Gestalt der Treuhändervinkulierung<sup>75</sup> und der sog. *escape clause*<sup>76</sup> auf die umgewandelten Aktien nicht anwendbar sind. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen. Die einzige Übertragungsbeschränkung, die trotz dem Hinweis in Art. 4 Abs. 3 UeB auch für automatisch umgewandelte Inhaberaktien gelten muss, ist die gesetzliche Vinkulierung nach Art. 685 Abs. 1 OR für den Fall einer Umwandlung von teilliberalisierten Inhaberaktien. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Liberierungsschuld mit der Übertragung der neuen Namenaktien auf einen zahlungsunfähigen Erwerber übergeht und der Gesellschaft damit faktisch die Resteinlage abhandenkommt.<sup>77</sup>

Im Rechtsverkehr sind die neuen Namenaktien in jeglicher Hinsicht ein Surrogat der ehemaligen Inhaberaktien. So beziehen sich Wandel- oder Optionsrechte auf diese ohne Weiteres auf die neuen Namenaktien. Dasselbe gilt für Sicherungs- oder Nutzniessungsrechte.<sup>78</sup> Etwasige Inhaber von Rechten an ehemaligen Inhaberaktien sind in ihrer Rechtsposition geschützt, ohne dass die Vornahme zusätzlicher Handlungen erforderlich wäre.

Sind für die umgewandelten Aktien Aktientitel ausgegeben worden, dann muss der Verwaltungsrat diese einziehen und anpassen oder in neue Namenaktien-Titel umtauschen.<sup>79</sup> Da der Gesellschaft oftmals (trotz Meldepflicht gemäss Art. 697i OR) nicht alle ehemaligen Inhaberaktionäre bekannt sein werden und die Aktionäre keine Einlieferungspflicht trifft, wird eine flächendeckende Ersetzung von Inhaberaktien-Titeln aber in vielen Fällen erst spät oder gar nicht möglich sein. Alternativen zur Einziehung durch den Verwaltungsrat bestehen nicht. Für die Einleitung eines Kraftloserklärungsverfahrens würde der Gesellschaft die Aktivlegitimation fehlen.<sup>80</sup>

Auch eine unilateral angeordnete Umwandlung der Aktientitel ist ausgeschlossen: Werden für Inhaberaktien Aktientitel ausgegeben, handelt es sich bei diesen aus wertpapierrechtlicher Sicht um Inhaberpapiere im Sinne von Art. 978 OR. Deren Umwandlung in eine andere Wertpapierart setzt die Zustimmung des Aktionärs voraus.<sup>81</sup> Solange die Einziehung nicht erfolgt ist, bleiben die Aktientitel somit Inhaberpapiere, die durch Übergabe des Urkundenbesitzes übertragen werden können, ohne dass eine zusätzliche Indossierung oder Abtretung erforderlich wäre.<sup>82</sup>

### 2.3 Anpassung des Handelsregistereintrags und der Statuten

Die von Gesetzes wegen erfolgte Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien führt dazu, dass der Handelsregistereintrag der Gesellschaft und die Statuten nicht mehr die tatsächlichen Verhältnisse abbilden. Um dies zu korrigieren, sieht das neue Gesetz die folgenden Massnahmen vor:

Das Handelsregisteramt muss die automatische Umwandlung von Amtes wegen im Handelsregister nachvollziehen. Von der Anpassung betroffen sind in erster Linie die Angaben zur Stückelung der Aktien.<sup>83</sup> Zusätzlich muss es eine Bemerkung eintragen, wonach die Belege vom Eintrag abweichende Angaben enthalten.<sup>84</sup> Diese Bemerkung bleibt solange bestehen, bis die Gesellschaft die Statuten an die neuen rechtlichen Gegebenheiten angepasst hat<sup>85</sup> oder feststeht, dass eine solche Anpassung aufgrund von Art. 5 Abs. 3 UeB nicht notwendig ist.<sup>86</sup>

Zusätzlich muss jede Gesellschaft, deren Inhaberaktien umgewandelt worden sind, ihre Statuten bei der nächsten Statutenänderung an die neue Rechtslage anpassen.<sup>87</sup> Für diese Anpassung hat der Gesetzgeber bewusst keine Frist vorgesehen.<sup>88</sup> Dies wird damit begründet, dass die Umwandlung infolge der Änderung des Handelsregistereintrags klar ersichtlich sei.<sup>89</sup> Für die Anpassung der Statuten ist die Generalversammlung zuständig. Das folgt aus Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR, wonach es sich bei der Festsetzung und Änderung der Statuten um eine unübertragbare GV-Kompetenz handelt. Diese Kompetenzzuweisung wird in Zukunft insbesondere bei bloss

<sup>73</sup> Art. 4 Abs. 3 UeB.

<sup>74</sup> Vgl. bereits GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 93 f.

<sup>75</sup> Art. 685b Abs. 3 OR.

<sup>76</sup> Art. 685b Abs. 1 OR.

<sup>77</sup> Diese gesetzliche Vinkulierung ist für den ehemaligen Inhaberaktionär allerdings kaum nachteilig; vgl. hierzu ausführlich GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 94. Zur Zulässigkeit von teilliberalisierten Inhaberaktien vgl. SPOERLÉ (FN 4), N 237–276.

<sup>78</sup> Vgl. auch GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 95.

<sup>79</sup> ZK-JÄGGI, Art. 970 OR N 28.

<sup>80</sup> Art. 981 Abs. 1 OR; vgl. zum Ganzen GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 94.

<sup>81</sup> Art. 970 OR.

<sup>82</sup> Art. 967 Abs. 1 OR; vgl. auch ZK-JÄGGI, Art. 970 OR N 28 a.E.

<sup>83</sup> Unter Umständen drängen sich gewisse weitere Änderungen in den Bemerkungen auf, z.B. in Bezug auf Regeln betreffend Mitteilungen an die Aktionäre.

<sup>84</sup> Art. 4 Abs. 2 UeB.

<sup>85</sup> Art. 5 Abs. 1 UeB.

<sup>86</sup> Art. 5 Abs. 4 UeB.

<sup>87</sup> Art. 5 Abs. 1 UeB.

<sup>88</sup> Abweichend davon sah Art. 4 Abs. 1 VE-UeB noch eine Maximalfrist von zwei Jahren nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung vor, innert der die Statuten an die neue Rechtslage hätten angepasst werden müssen.

<sup>89</sup> Art. 5 Abs. 1 UeB.



deklaratorischen Statutenänderungen wie z.B. der Berichtigung des genehmigten Kapitals (Art. 651a Abs. 1/ Art. 652g OR) oder des bedingten Kapitals (Art. 653g OR) zu einem Koordinationsaufwand führen. Solche Statutenänderungen können von Gesetzes wegen vom Verwaltungsrat vorgenommen werden. Da sich die Anpassungspflicht auch in diesen Fällen aktualisiert, müssen die auf die Umwandlung angepassten Statuten jedoch vorgängig oder gleichzeitig mit der deklaratorischen Statutenänderung der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden. Um solche praktischen Probleme zu vermeiden, wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber die Kompetenz zur Statutenanpassung infolge Umwandlung dem Verwaltungsrat zugewiesen hätte.

Aufgrund der Umwandlung zwingend anzupassen sind die Statutenbestimmungen über das Aktienkapital und die Aktien. Hat die Gesellschaft ein genehmigtes oder bedingtes Kapital, drängt sich auch diesbezüglich eine Anpassung auf.<sup>90</sup> Zudem kann es wünschenswert sein, etwaige Bestimmungen über die durch die Gesellschaft zu führenden Verzeichnisse (Aktienbuch) sowie die Ausübung der Stimm- und übrigen Mitgliedschaftsrechte anzupassen. Eine Pflicht hierzu besteht allerdings nicht.

Solange die Statuten nicht an die neue Rechtslage angepasst wurden, muss das Handelsregisteramt jede Anmeldung zur Eintragung von anderen Statutenänderungen in das Handelsregister zurückweisen.<sup>91</sup> Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Gesellschaft die notwendige Änderung der Statuten tatsächlich durchführt.<sup>92</sup> Weiterhin uneingeschränkt möglich ist die Veranlassung anderer Eintragungen, wie z.B. Personalmutationen.

Eine Ausnahme von der Pflicht zur Anpassung der Statuten besteht für Gesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren oder umgewandelten Aktien in Form von Bucheffekten, deren Aktien deshalb umgewandelt wurden, weil sie die Frist für eine Mitteilung an das Handelsregisteramt gemäss Art. 2 UeB verpasst haben. Diese können auf die Statutenanpassung verzichten, wenn sie beschliessen, die umgewandelten Aktien wieder in Inhaberaktien umzuwandeln, ohne die Anzahl, den Nennwert oder die Aktienkategorie zu ändern und zusätzlich beim Handelsregister eine Eintragung gemäss Art. 622 Abs. 2<sup>bis</sup> OR verlangen.<sup>93</sup> Dasselbe gilt für Gesellschaften, die sich nach Ablauf der 18-Monatsfrist gemäss Art. 2 UeB für eine Börsenkotierung oder eine Ausgestaltung der umgewandelten Aktien als Bucheffekten entscheiden.<sup>94</sup>

## 2.4 Eintragung im Aktienbuch

### a. Automatische Eintragung gemeldeter Aktionäre

Nach der Umwandlung muss die Gesellschaft diejenigen Aktionäre in das Aktienbuch eintragen, die ihre Meldepflicht gemäss Art. 697i OR erfüllt haben.<sup>95</sup> Da der Gesellschaft in diesen Fällen alle notwendigen Angaben zum Aktionär bereits bekannt sind, ist dessen Mitwirkung für die Eintragung nicht notwendig.

Unklar ist, in welchen Fällen die Meldepflicht gemäss Art. 697i OR des bisherigen Rechts als erfüllt gilt. Hierfür muss es ausreichen, dass der Aktionär zum Zeitpunkt der Umwandlung eine Meldung gemäss Art. 697i Abs. 1 OR erstattet hat.<sup>96</sup> Nicht entscheidend ist, ob die Meldung innerhalb der Frist von einem Monat ab dem Erwerb erfolgte. Unbeachtlich ist zudem, ob sich der Aktionär im Sinne von Art. 697i Abs. 2 OR identifiziert hat oder nicht. Andernfalls würde der zu einem Namenaktionär gewordene Inhaberaktionär einem strengeren Regime unterstellt, als Personen, die erst nach der Umwandlung zu Aktionären werden. Das wäre nicht gerechtfertigt. Diese Interpretation lässt sich im Übrigen auch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 1 UeB ableiten.<sup>97</sup>

Die Eintragung ist von der Gesellschaft basierend auf dem Informationsstand zum Zeitpunkt der Umwandlung vorzunehmen. Hat jemand kurz vor der Umwandlung Inhaberaktien erworben, kann er sich noch bis zum Ablauf der Meldefrist gemäss Art. 697i Abs. 1 OR bei der Gesellschaft melden, ohne dass auf ihn das gerichtliche Eintragungsverfahren Anwendung findet.<sup>98</sup> Dies trotz der Tatsache, dass Art. 697i OR zum Zeitpunkt der Umwandlung aufgehoben wird.

Ist ein ehemaliger Inhaberaktionär seiner Meldepflicht nicht nachgekommen, ruhen die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb hätte gemeldet werden müssen, und es kommt zu einer Verwirkung der Vermögensrechte. Der Verwaltungsrat muss sicherstellen, dass keine Aktionäre in Verletzung dieser Regelung ihre Rechte ausüben.<sup>99</sup> Zudem muss er im Aktienbuch vermerken, dass der betreffende Aktionär seiner Meldepflicht nicht nachgekommen ist und die mit den Aktien verbundenen Rechte nicht ausgeübt werden können.<sup>100</sup> Da Art. 6 Abs. 2 UeB der Bestimmung von

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch Ziff. II.2.2.

<sup>91</sup> Art. 5 Abs. 2 UeB.

<sup>92</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 323.

<sup>93</sup> Art. 5 Abs. 3 UeB.

<sup>94</sup> So auch BOTSCHAFT (FN 6), 324.

<sup>95</sup> Art. 6 Abs. 1 UeB.

<sup>96</sup> Ähnlich GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.a).

<sup>97</sup> In Art. 3 VE-UeB wurde noch explizit zwischen der Erfüllung der Meldepflicht (Abs. 1) und der Identifizierung nach Art. 697i Abs. 2 OR (Abs. 2) unterschieden. Während an der Erfüllung der Meldepflicht festgehalten wurde, wurde die Wahrnehmung der Identifizierungspflichten nicht in den finalen Gesetzesentwurf übernommen.

<sup>98</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 324. Siehe zum Letzteren Ziff. II.2.4.

<sup>99</sup> Art. 6 Abs. 2 UeB.

<sup>100</sup> Art. 6 Abs. 3 UeB.

Art. 697*m* OR nachgebildet wurde, finden auf diesen die diesbezüglich von der Lehre entwickelten Grundsätze Anwendung.<sup>101</sup> Das bedeutet zum Beispiel, dass etwaige unter Mitwirkung von Aktionären mit suspendierten Mitgliedschaftsrechten gefasste Beschlüsse oder vollzogene Wahlen lediglich anfechtbar (und nicht nichtig) sind.<sup>102</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Mitgliedschaftsrechte sämtlicher der an der Generalversammlung vertretenen Aktien suspendiert sind, wie dies möglicherweise in Konzernverhältnissen der Fall sein kann, wenn die Meldepflicht nicht erfüllt wird.<sup>103</sup>

### b. Gerichtliche Eintragung bei Nachmeldung

Art. 7 Abs. 1 UeB sieht vor, dass Aktionäre, die ihrer Meldepflicht nach Art. 697*i* OR des bisherigen Rechts nicht nachgekommen sind und deren Inhaberaktien automatisch in Namenaktien umgewandelt wurden, innert fünf Jahren nach Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> OR mit vorgängiger Zustimmung der Gesellschaft beim Gericht ihre Eintragung im Aktienbuch beantragen können. Das Gericht heisst den Antrag gut, wenn der Aktionär seine Aktionärsseigenschaft nachweist.

Betroffene Aktionäre können damit nicht mehr selbstständig darauf hinwirken, dass sie ihre Mitgliedschaftsrechte ausüben können. Stattdessen sind sie auf die Zustimmung der Gesellschaft angewiesen und müssen ihre Rechtsstellung in einem gerichtlichen Verfahren nachweisen. Bei diesem handelt es sich um einen Anwendungsfall der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>104</sup>, die sich dadurch kennzeichnet, dass nur der fragliche Aktionär (nicht aber die Gesellschaft) Verfahrensstellung hat.<sup>105</sup>

Das Gesetz macht keine Vorgaben dazu, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft ihre Zustimmung zur Beantragung der Eintragung in das Aktienbuch verweigern kann. Richtigerweise sollte dies nur zulässig sein, wenn die Gesellschaft berechnete Zweifel an der Stel-

lung des Ansprechers als Aktionär hat.<sup>106</sup> Stimmt die Gesellschaft nicht zu, bleibt dem Ansprecher nichts anderes übrig, als seine Rechtsposition vorgängig im Rahmen einer Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO gegenüber der Gesellschaft durchzusetzen.<sup>107</sup> Die Durchführung eines solchen Verfahrens ist mit erheblichen Kosten verbunden und nimmt einige Zeit in Anspruch, während der etwaige entstehende Vermögensrechte verwirken. Verweigert die Gesellschaft ihre Zustimmung kurz vor Ablauf der gesetzlich stipulierten 5-Jahresfrist, würde der Aktionär sogar riskieren, dass die Eintragung in das Aktienbuch nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann. Um dies zu vermeiden, muss die Frist während der Dauer des Feststellungsverfahrens nach richtiger Ansicht als sistiert gelten.<sup>108</sup> Bei einer ungerechtfertigten Zustimmungsverweigerung kann der Verwaltungsrat verantwortlich gemacht werden.

Stimmt die Gesellschaft der Durchführung des gerichtlichen Verfahrens zu, muss der Ansprecher gegenüber dem Gericht seine Aktionärsstellung nachweisen. Eine blosser Glaubhaftmachung genügt nicht. Der Nachweis kann durch Präsentation des Aktientitels oder auf eine andere Art erbracht werden.<sup>109</sup> Bei unverkörpernten Inhaberaktien ist grundsätzlich eine lückenlose, zum Aktionär hinführende Abtretungskette nachzuweisen. Diese muss zumindest bis zu dem der Gesellschaft zuletzt bekannten, d.h. in der Regel bis zu dem im Verzeichnis nach Art. 697*l* OR eingetragenen Aktionär zurückreichen.<sup>110</sup> Die Gesellschaft trifft in Bezug auf die Frage des ihr zuletzt bekannten Aktionärs eine Mitwirkungspflicht. Im Rahmen des Verfahrens muss der Aktionär dem Gericht zudem die zur Eintragung in das Aktienbuch notwendigen Informationen übermitteln. Hingegen ist es nicht erforderlich, dass die in Art. 697*i* Abs. 2 OR vorgesehenen Identifikationspflichten nachgeholt werden.

Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren und ordnet im Fall einer Gutheissung die Eintragung des Ansprechers im Aktienbuch an. Ab diesem Zeitpunkt, d.h. ab dem Zeitpunkt der Gutheissung durch das Gericht, kann der Aktionär die neu entstehenden Vermögensrechte geltend machen.<sup>111</sup> Zeitgleich endet auch die Suspendierung von dessen Mitgliedschaftsrechten.<sup>112</sup> Die Kosten des Verfahrens sind vom Gesuchsteller zu tragen.<sup>113</sup>

<sup>101</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 324. Vgl. hierzu im Detail SPOERLÉ (FN 4), N 1043–1057 (Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte), N 1058–1075 (Verwirkung der Vermögensrechte) und N 1076–1101 (Ausübung von Gesellschafterrechten durch Nichtberechtigte).

<sup>102</sup> SPOERLÉ (FN 4), N 1078; GLANZMANN (FN 20), 307; gl.M. NICOLAS FACINCANI/RETO SUTTER, Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, TREX 4/2015, 216–220, 219; GERIKE/KUHN (FN 20), 864; ALEXANDER FISCHER/ANDREA TROST, Die Auswirkungen der GAFFI-Gesetzesänderung auf M&A-Transaktionen, Jusletter vom 22. Februar 2016, Rz. 7 f.; BSK OR II-HESS/DETTWILER, Art. 697*m* N 28.

<sup>103</sup> PHILIP SPOERLÉ, Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten für Schweizer Kapitalgesellschaften und deren Anteilseigner, EF 9/2015, 733–747, 733; CHK-SPOERLÉ, Art. 697*m* OR N 14; GLANZMANN (FN 20), 307; a.M. OLIVIER THÉVOZ, Transparence des personnes morales et publicité des participations, EF 8/2016, 574–579, 577.

<sup>104</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 326.

<sup>105</sup> ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 8 N 2.

<sup>106</sup> Ähnlich GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.c).

<sup>107</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 325.

<sup>108</sup> So GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.d), mit Verweis auf dieselbe Wirkung der Sonderuntersuchung auf die Klagefrist nach einem Entlastungsbeschluss, die sich inskünftig aus Art. 758 Abs. 2 E-OR ergeben wird. Eine Sistierung muss zudem während eines etwaigen Kraftloserklärungsverfahrens bezüglich der Inhaberaktien erfolgen.

<sup>109</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 325.

<sup>110</sup> Ähnlich im Zusammenhang mit dem Besitznachweis gemäss Art. 697*i* OR SPOERLÉ (FN 4), N. 782.

<sup>111</sup> GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.c).

<sup>112</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 326.

<sup>113</sup> Art. 7 Abs. 2 und 3 UeB.

## 2.5 Endgültiger Verlust der Aktionärserschaft

Für Aktionäre, die auch fünf Jahre nach Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> nOR noch keinen Antrag auf Eintragung in das Aktienbuch gemäss Art. 7 UeB gestellt haben, sieht das Gesetz eine noch drastischere Sanktion vor: Die Aktien solcher Aktionäre werden von Gesetzes wegen nichtig und sämtliche mit den Aktien verbundenen Rechte fallen dahin.<sup>114</sup> Zudem entfällt mit der Nichtigkeit von teilliberalisierten Aktien die Nachliberierungspflicht des ehemaligen Aktionärs.

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit dürfte auch dann eintreten, wenn das Gesuch eines Aktionärs um Eintragung in das Aktienbuch vom Gericht vor Ablauf der fünfjährigen Frist rechtskräftig abgelehnt wurde. Ist das Gesuch zum Zeitpunkt des Fristablaufs noch hängig, dann tritt die Nichtigkeit erst mit dem Eintritt der Rechtskraft eines ablehnenden Entscheids ein.<sup>115</sup>

Die nichtig gewordenen Aktien werden durch eigene Aktien der Gesellschaft ersetzt, ohne dass hierzu eine weitere Handlung der Gesellschaft bzw. des Verwaltungsrats notwendig ist.<sup>116</sup> Den neu entstandenen eigenen Aktien kommen dieselben Merkmale zu, wie den nichtig gewordenen Titeln. Zudem sind auf sie die Art. 659 f. OR anwendbar.<sup>117</sup> Werden aufgrund der Ersetzung mehr als zehn Prozent des Aktienkapitals als eigene Aktien gehalten, muss die Gesellschaft die über diesem Grenzwert gehaltenen eigenen Aktien entsprechend innert zweier Jahre veräussern oder durch Kapitalherabsetzung vernichten.<sup>118</sup> Unter Vorbehalt dieser Einschränkung kann die Gesellschaft über die Aktien frei verfügen und diese entsprechend behalten, als Dividende ausschütten, veräussern oder im Rahmen einer Kapitalherabsetzung vernichten. Im Extremfall sind von der Nichtigkeit 100 % der Aktien der Gesellschaft betroffen, womit der Verwaltungsrat de facto die Kontrolle über die Gesellschaft erlangt und über diese nach Belieben verfügen kann. Das Nichtigwerden von Aktien und die damit zusammenhängende Emanzipation des eigentlich als Treuhänder für die Aktionäre handelnden Verwaltungsrats birgt insbesondere (aber nicht nur) in solchen Situationen ein erhebliches Missbrauchspotential.

Aktionäre, deren Aktien ohne eigenes Verschulden nichtig geworden sind, können unter Nachweis ihrer Aktionärserschaft zum Zeitpunkt des Nichtigwerdens der Aktien innerhalb von zehn Jahren nach diesem Zeitpunkt gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen.<sup>119</sup> Die Entschädigung entspricht dem wirklichen Wert der Aktien zum Zeit-

punkt ihrer Umwandlung von Gesetzes wegen oder, falls tiefer, dem wirklichen Wert der Aktien zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs.<sup>120</sup> Die Entschädigung ist in dem Umfang nicht geschuldet, in dem der Gesellschaft das zur Entrichtung erforderliche frei verwendbare Eigenkapital fehlt.<sup>121</sup> Der Aktionär muss den Entschädigungsanspruch vor dem Fristablauf geltend zu machen. Besteht in Bezug auf das Bestehen oder die Höhe des Entschädigungsanspruchs zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär keine Einigkeit, wird sich ein Gericht damit befassen müssen. Wie in der Literatur zu Recht erwähnt wird, ist davon auszugehen, dass inskünftig insbesondere die Frage Schwierigkeiten bereiten wird, in welchen Fällen die Nichtigkeitsfolge ohne eigenes Verschulden eingetreten sein soll.<sup>122</sup> Zudem dürfte auch die Bestimmung des wirklichen Werts der Aktien ein nicht zu unterschätzendes Konfliktpotential sowie, insbesondere bei einer späteren Geltendmachung des Anspruchs, erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringen.

## III. Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person

Gemäss Art. 697j OR muss jeder, der allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, der Gesellschaft die an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen melden. Aufgrund von Art. 656a Abs. 2 OR findet die Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen auch auf den Erwerb von Partizipationsscheinen Anwendung. Dieselbe Meldepflicht besteht gemäss Art. 790a OR in Bezug auf die GmbH. Art. 697j OR und Art. 790a OR wurden anlässlich der GAFI-Gesetzesrevision in das OR aufgenommen und sind am 1. Juli 2015 in Kraft getreten.

In der Praxis sind verschiedene Aspekte der Meldepflichten umstritten, weshalb die beiden Bestimmungen im Rahmen der Gesetzesrevision geschärft und präzisiert werden:

Bei der Pflicht zur Meldung des an Aktien wirtschaftlich Berechtigten wird klargestellt, dass diese immer dann nicht besteht, wenn die Gesellschaft über börsenkotierte *Beteiligungspapiere* verfügt.<sup>123</sup> Da in diesem

<sup>114</sup> Art. 8 Abs. 1 UeB.

<sup>115</sup> GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.d).

<sup>116</sup> Art. 8 Abs. 1 Satz 3 UeB.

<sup>117</sup> GL.M. GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.d).

<sup>118</sup> Art. 659 Abs. 2 OR analog.

<sup>119</sup> Art. 8 Abs. 2 Satz 1 UeB.

<sup>120</sup> Art. 8 Abs. 2 Satz 2 UeB.

<sup>121</sup> Art. 8 Abs. 2 Satz 3 UeB. Trotz des missverständlichen Wortlauts der Bestimmung ist davon auszugehen, dass die Entschädigung nur in dem Umfang nicht geschuldet ist, in dem das erforderliche frei verwendbare Eigenkapital nicht vorliegt.

<sup>122</sup> GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.d).

<sup>123</sup> Für die Begriffe «Börse», «Kotierung» und «Beteiligungspapiere» vgl. Ziff. II.1.2.

Fall zumindest im Schweizer Kontext durch die Offenlegungspflicht nach Art. 120 FinfraG die gewünschte Transparenz gewährleistet ist, ist eine zusätzliche Meldepflicht nicht erforderlich.<sup>124</sup> Zudem wird neu der Begriff «Stimmrechte» verwendet, was klar macht, dass für die Berechnung des Grenzwerts sämtliche Stimmrechte herangezogen werden müssen, unabhängig davon, ob diese ausübbar sind oder nicht. Dies entspricht der Regelung in Art. 120 FinfraG.

Ist der Gesellschafter selbst eine juristische Person oder Personengesellschaft, hält Art. 697j Abs. 2 nOR und Art. 790a Abs. 2 nOR fest, dass jede natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter gemeldet werden muss, die den Gesellschafter in sinngemässer Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert. Das ist immer dann der Fall, wenn diese Person (a) direkt oder indirekt die Mehrheit der Stimmrechte am meldepflichtigen Gesellschafter hält, (b) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans des meldepflichtigen Gesellschafters zu bestellen oder abzuverufen, oder (c) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auf den meldepflichtigen Gesellschafter ausüben kann.<sup>125</sup> Gibt es keine solche Person, so muss der Gesellschafter dies der Gesellschaft im Sinne einer Negativdeklaration melden. Damit kann festgestellt werden, ob der Gesellschafter seiner Meldepflicht nachgekommen ist.<sup>126</sup> Diese Präzisierungen sind insbesondere für die Meldepflicht in Konzernverhältnissen von Bedeutung, die in der Praxis immer wieder zu Fragen Anlass gegeben hat.

Zusätzlich wird klargestellt, dass immer dann, wenn es sich beim Gesellschafter um eine Kapitalgesellschaft handelt, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind, der Gesellschafter von einer börsenkotierten Gesellschaft im Sinne von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert wird oder der Gesellschafter in diesem Sinne eine börsenkotierte Gesellschaft kontrolliert, nur diese Tatsache sowie die Firma und der Sitz der Kapitalgesellschaft gemeldet werden muss.<sup>127</sup> Auch in diesen Fällen schafft bereits das Börsenrecht die gewünschte Transparenz. Mit dieser Änderung wird letztlich die bereits heute gelebte Praxis kodifiziert. Den Begriffen «Börse», «Kotierung» und «Beteiligungspapiere» kommt dieselbe Bedeutung zu wie in Art. 622 nOR.<sup>128</sup>

Schliesslich müssen Änderungsmeldungen gemäss Art. 697j Abs. 4 nOR und Art. 790a Abs. 4 nOR neu innert drei Monaten gemacht werden.<sup>129</sup> Damit soll den GAFI-Empfehlungen 24 und 25 entsprochen werden, wonach die Informationen über die wirtschaftliche Berechtigung an juristischen Personen und Rechtsgebilden «adequate, accurate and timely» sein sollen.<sup>130</sup> Die Einführung einer Frist wird zur Folge haben, dass die Pflicht zur Vornahme von Änderungsmeldungen inskünftig nicht mehr als blosse Ordnungsvorschrift qualifiziert werden kann. Leider löst aber auch die neue Fristsetzung das grundsätzliche Problem nicht, dass der Gesellschafter in vielen Fällen von Änderungen bei der wirtschaftlich berechtigten Person nichts erfährt. Aufgrund der neuen strafrechtlichen Sanktionen bei der Nichterfüllung der Meldepflicht<sup>131</sup> wird dieses Problem mit der angepassten Bestimmung sogar noch akzentuiert. Die Frist für die Vornahme von Änderungsmeldungen gemäss Art. 697j Abs. 4 nOR bzw. Art. 790a Abs. 4 nOR beginnt frühestens mit dem Inkrafttreten der Gesetzesnovelle zu laufen.<sup>132</sup>

Gemäss Botschaft sollen mit den Präzisierungen diejenigen Aspekte der Meldepflichten geklärt werden, die in der Praxis immer wieder Anlass zu Fragen geben.<sup>133</sup> Dies ist mit Blick auf die neuen strafrechtlichen Konsequenzen bei einer Verletzung der Melde- und Verzeichnissführungspflichten zu begrüssen.<sup>134</sup> Es wäre allerdings wünschenswert gewesen, wenn die Gesetzesrevision gleich dazu genutzt worden wäre, auch die weiteren im Zusammenhang mit den Pflichten zur Meldung des wirtschaftlich Berechtigten offenen Fragen zu klären. So wird in der Literatur z.B. diskutiert, ob die Meldepflicht nur bei einem Vollrechtserwerb oder unter gewissen Umständen auch bei der Begründung einer Nutzniessung oder der Einräumung von Pfand- und anderen Sicherungsrechten ausgelöst wird.<sup>135</sup> Dasselbe gilt für die Tatbestände der Gründung, der Kapitalerhöhung, der (asymmetrischen) Kapitalherabsetzung und der Umwandlung nach FusG. Zahlreiche Unklarheiten bestehen zudem nach wie vor in Bezug auf den Erwerb in gemeinsamer Absprache mit Dritten. Die meisten dieser Fragen hätten mit einer Heranziehung des börsenrechtlichen Begriffsverständnisses gelöst werden können. Zudem hat es der Gesetzgeber verpasst, eine explizite Regelung des Falles vorzunehmen, in dem eine juristische Person mit Anteilen in Form von Bucheffekten direkt oder indirekt eine (Kontroll-) Beteiligung an der Gesellschaft hält. Wie bei der Beteiligung einer börsenkotierten Gesellschaft besteht auch in

<sup>124</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 315.

<sup>125</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 316 f.

<sup>126</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 317.

<sup>127</sup> Art. 697j Abs. 3 nOR.

<sup>128</sup> In ihrer Absolutheit abzulehnen ist die Aussage in der BOTSCHAFT (FN 6), 317 f., wonach eine Kotierung an einer ausländischen Börse nur ausnahmebegründend sei, wenn diese Börse Offenlegungsvorschriften unterstehe, die den Artikeln 120 ff. FinfraG gleichwertig seien.

<sup>129</sup> Art. 697j Abs. 5 nOR und Art. 790a Abs. 4 nOR.

<sup>130</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 318.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu Ziff. IV.1.1.

<sup>132</sup> GLANZMANN (FN 42), Kap. III.3 a.E.

<sup>133</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 290, 300 und 316.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu Ziff. IV.1.

<sup>135</sup> Vgl. hierzu SPOERLÉ (FN 4), N 878; GLANZMANN (FN 20), 275; BSK OR II-DETTWILER/HESS, Art. 697j N 20.

solchen Konstellationen eine Ausnahme von der Meldepflicht.<sup>136</sup>

## IV. Erweiterung des Sanktionsregimes

### 1. Strafrechtliche Sanktionen

Unter dem geltenden Recht hat eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten ausschliesslich zivilrechtliche Konsequenzen. Namentlich führt diese zu einer Suspendierung der Mitwirkungsrechte und zu einer Sistierung und Verwirkung von Vermögensrechten. Eine Missachtung der Registerführungspflichten hat für den Verwaltungsrat allenfalls verantwortlichkeitsrechtliche Bedeutung.

Dieses Sanktionsregime wird mit der Einführung der Art. 327 und 327a nStGB um ein strafrechtliches Element erweitert. Dadurch sollen die Forderungen des Global Forum und der GAFI adressiert werden, klare und griffige Konsequenzen für die Nichterfüllung der erwähnten Pflichten einzuführen.<sup>137</sup> Bemerkenswert ist jedoch, dass keine der beiden Organisationen in ihren bisherigen Länderprüfungen explizit solche strafrechtliche Sanktionen gefordert hatte. Damit ist zumindest fraglich, ob diese Massnahme tatsächlich ein für die Erfüllung der Vorgaben «unabdingbares Element» darstellt, wie dies in der Botschaft dargestellt wird.<sup>138</sup> Beide Straftatbestände entsprechen im Wesentlichen denjenigen, die auch im ursprünglichen Entwurf des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vorgesehen waren, später in den parlamentarischen Beratungen aber ersatzlos gestrichen wurden.<sup>139</sup>

#### 1.1 Verletzung der Meldepflicht

Gemäss Art. 327 nStGB wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich den Pflichten nach Art. 697j Abs. 1–4 nOR oder Art. 790a Abs. 1–4 nOR zur Meldung der an Aktien oder Stammanteilen wirtschaftlich Berechtigten nicht nachkommt. Nicht unter die Bestimmung fällt hingegen ein Unterbleiben des Antrags auf Eintragung in das Aktienbuch. Ebenfalls keine strafrechtlichen Konsequenzen zeitigt das Unterlassen der Meldung nach Art. 697i OR, d.h. der Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien, die mit der Revision ersatzlos gestrichen wird.<sup>140</sup> Der Maximalbetrag der Busse ist CHF 10'000<sup>141</sup> und die Ver-

jähung beträgt drei Jahre.<sup>142</sup> Beim Straftatbestand handelt es sich um eine Übertretung (Art. 103 StGB).

Vom Anwendungsbereich der Strafbestimmung erfasst ist neben der erstmaligen Meldung des wirtschaftlich Berechtigten auch die Pflicht zur Meldung von Änderungen des Vor- oder des Nachnamens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person<sup>143</sup>, für die neu eine Frist von drei Monaten gilt. Dies ist insofern problematisch, als dass dem formellen Gesellschafter etwaige Änderungen der Personen- oder Adressangaben des wirtschaftlich Berechtigten häufig nicht bekannt sein dürften. Unter dem geltenden Regime ist unbestritten, dass aus der Pflicht zur Vornahme von Änderungsmeldungen keine Nachforschungspflicht des formellen Anteilseigners abgeleitet werden kann.<sup>144</sup> Dies ändert sich auch durch die Einführung der neuen Strafbestimmung nicht. Bestehen allerdings berechtigte Zweifel daran, dass die Angaben des wirtschaftlich Berechtigten noch aktuell sind und stellt der formelle Gesellschafter keine Erkundigungen an, dann dürfte regelmässig eine (eventual-) vorsätzliche Erfüllung des Straftatbestands vorliegen.

Neben einer Unterlassung der gesetzlich geforderten Meldungen gelten die Meldepflichten auch dann als nicht erfüllt, wenn der Aktionär oder GmbH-Gesellschafter eine fehlerhafte oder unvollständige Meldung einreicht.<sup>145</sup> Dasselbe gilt für zu spät eingereichte Meldungen. Auch in solchen Fällen kann ein strafbares Verhalten gemäss Art. 327 nStGB vorliegen.<sup>146</sup>

Zu beachten ist, dass der Tatbestand von Art. 327 nStGB nicht nur bei direktem Vorsatz, sondern auch bei eventualvorsätzlichem Handeln erfüllt ist, d.h. auch die Inkaufnahme einer fehlerhaften Meldungserstattung strafbewährt ist.<sup>147</sup>

Problematisch erscheint, dass es trotz der Präzisierungen in Art. 697j nOR immer noch verschiedene Sachverhaltskonstellationen gibt, in denen unklar ist, wer als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist oder ob überhaupt eine Meldung erstattet werden muss.<sup>148</sup> Werden aufgrund dieser Unklarheiten keine Meldungen oder fehlerhafte Meldungen erstattet, dürfte regelmässig ein Rechtsirrtum i.S.v. Art. 21 StGB vorliegen. Dieser führt zum Wegfall oder zumindest zu einer Milderung der Strafe. Unabhängig davon ist fraglich, ob die in Art. 327 nStGB vorgesehene strafrechtliche Sanktionierung auf-

<sup>136</sup> CHK-SPOERLÉ, Art. 697j OR N 33; SPOERLÉ (FN 4), N 928; GERI-CKE/KUHN (FN 20), 857.

<sup>137</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 299 f.

<sup>138</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 300 f.

<sup>139</sup> BBl 2014 712.

<sup>140</sup> Gl.M. GLANZMANN (FN 42), Kap. II.3.a).

<sup>141</sup> Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB.

<sup>142</sup> Art. 109 StGB.

<sup>143</sup> Nach richtiger Auffassung ebenfalls zu melden ist, wenn nicht die genannten Identifizierungsangaben des wirtschaftlich Berechtigten, sondern die wirtschaftlich berechtigte Person selbst ändert; vgl. CHK-SPOERLÉ, Art. 697j OR N 36; gl.M. EHRA, Praxismitteilung 1/15, N 11.

<sup>144</sup> SPOERLÉ (FN 4), N 936 f.

<sup>145</sup> BSK OR II-HESS/DETTWILER, Art. 697m N 23 f.

<sup>146</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 328.

<sup>147</sup> Vgl. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB; GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 105 f.

<sup>148</sup> Vgl. Ziff. III.

grund der mit der Meldepflicht verbundenen Unsicherheiten mit dem Grundsatz «nullum crimen, nulla poena sine lege» vereinbar ist.<sup>149</sup>

Hat ein Fehlverhalten nach Art. 327 nStGB eine Busse von mehr als CHF 5'000 zur Folge, wird die fehlbare Person in das Strafregister eingetragen.<sup>150</sup> Der Eintrag wird nach zehn Jahren von Amtes wegen gelöscht.<sup>151</sup>

## 1.2 Verletzung der Verzeichnis- und Registerführungspflichten

Neben der Sanktionierung der Verletzung der Meldepflichten wird neu auch mit Busse bestraft, wer vorsätzlich bestimmte Register und Verzeichnisse nicht vorschriftsgemäss führt oder die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt.<sup>152</sup> Der maximale Bussenbetrag beträgt wiederum CHF 10'000.<sup>153</sup>

Konkret betrifft die Strafnorm die Führung der folgenden Verzeichnisse und die damit verbundenen Pflichten:

- bei der AG: das Aktienbuch nach Art. 686 Abs. 1–3 und 5 OR sowie das Verzeichnis über die an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 697l OR;
- bei der GmbH: das Anteilbuch nach Art. 790 Abs. 1–3 und 5 OR sowie das Verzeichnis der an Stammanteilen wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 790a Abs. 5 i.V.m. Art. 697l OR;
- bei der Genossenschaft: das Verzeichnis der Genossenschafter nach Art. 837 Abs. 1 und 2 OR; und
- bei der SICAV: das Aktienbuch über die Unternehmeraktionärinnen und das Verzeichnis der Personen, die an den Aktien der Unternehmeraktionärinnen wirtschaftlich berechtigt sind, nach Art. 46 Abs. 3 KAG.

Als strafbare Handlung gilt neben dem Unterlassen der Führung der Gesellschafterregister und der Verzeichnisse der wirtschaftlich berechtigten Personen insbesondere auch die fehlerhafte Führung dieser Register. Eine solche liegt auch dann vor, wenn Aktionäre ohne Vorlage eines ausreichenden Ausweises der Rechtszuständigkeit in das Aktienbuch eingetragen werden.<sup>154</sup> Strafbedroht ist zudem jeder Verstoß gegen die Pflicht zur Aufbewahrung der den Meldungen über die wirtschaftlich Berechtigten und dem Registereintrag zugrunde liegenden Belege.<sup>155</sup>

Ebenfalls von der Strafnorm erfasst ist schliesslich die Pflicht, die fraglichen Gesellschafterregister und Verzeichnisse der wirtschaftlich berechtigten Personen so zu führen, dass in der Schweiz jederzeit darauf zugegriffen werden kann.<sup>156</sup>

Nicht im Anwendungsbereich der Bestimmung sind dagegen andere im Zusammenhang mit den Gesellschafterregistern stehende Pflichten wie z.B. die Pflicht zur Gewährung von Einsicht in den Registereintrag oder die Zulassung von nicht im Aktienbuch eingetragenen Personen zu einer Generalversammlung. Dies ergibt sich daraus, dass die diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen<sup>157</sup> in der Strafnorm nicht referenziert werden<sup>158</sup> und ist mit Blick auf die Zulassung von nicht im Aktienbuch eingetragenen Personen im Übrigen konsistent mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach dem Aktienbuch in Bezug auf die Stellung als Aktionär keine konstitutive Wirkung zukommt.<sup>159</sup> Sodann gilt der Straftatbestand mangels Verweis auf Art. 747 OR auch nicht für die Aufbewahrungspflichten bei Gesellschaften in Liquidation.<sup>160</sup>

Art. 327a nStGB bedroht denjenigen mit Strafe, der zur Führung der Verzeichnisse verpflichtet ist, womit es sich bei diesem Straftatbestand um ein echtes Sonderdelikt handelt.<sup>161</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 29 StGB für den Fall einer strafrechtlich relevanten Verletzung von Pflichten juristischer Personen eine Zurechnung an als Organe oder Mitglieder von Organen handelnde natürliche Personen vorsieht.<sup>162</sup> Als solche gelten bei der AG die Mitglieder des Verwaltungsrats und bei der GmbH die Mitglieder der Geschäftsleitung.<sup>163</sup> Haben diese die Verzeichnisführung an einen Dritten delegiert, kann sie nur ein Verschulden treffen, wenn sie ihre Aufsichtspflichten verletzt haben.<sup>164</sup>

<sup>149</sup> Vgl. bereits GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 106; siehe auch GLANZMANN (FN 42), Kap. III.2.

<sup>150</sup> Art. 366 StGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung.

<sup>151</sup> Art. 369 Abs. 3 StGB.

<sup>152</sup> Art. 327a nStGB.

<sup>153</sup> Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB.

<sup>154</sup> Art. 686 Abs. 2 OR.

<sup>155</sup> Vgl. Art. 686 Abs. 5 OR (Aktienbuch), Art. 790 Abs. 5 OR (Anteilbuch), Art. 697l Abs. 3 nOR (Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen) und Art. 837 Abs. 2 OR (Genossenschafterverzeichnis).

<sup>156</sup> Vgl. Art. 686 Abs. 1 Satz 2 OR (Aktienbuch), Art. 790 Abs. 1 Satz 2 OR (Anteilbuch), Art. 697l Abs. 4 nOR (Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen) und Art. 837 Abs. 1 Satz 2 OR (Genossenschafterverzeichnis). Vgl. zum Erfordernis der jederzeitigen Zugriffsmöglichkeit «in der Schweiz» ausführlich SPOERLÉ (FN 4), 1031–1033.

<sup>157</sup> Art. 686 Abs. 4 OR und Art. 790 Abs. 4 OR.

<sup>158</sup> Vgl. auch BOTSCHAFT (FN 6), 328 («betrifft nicht die Pflicht zur Führung des Verzeichnisses»).

<sup>159</sup> BGE 137 III 460 E. 3.2.2.

<sup>160</sup> GLANZMANN (FN 42), Kap. IV.1 a.E.

<sup>161</sup> Vgl. in Bezug auf Art. 325 StGB: BSK StGB-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 325 N 2.

<sup>162</sup> BSK StGB-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 325 N 2.

<sup>163</sup> So bereits GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 106.

<sup>164</sup> GLANZMANN/SPOERLÉ (FN 9), 106, mit Verweis auf BSK StGB-NIGGLI/HAGENSTEIN, Art. 325 N 70.

Wird ein Registerführer basierend auf Art. 327a nStGB mit einer Busse von mehr als CHF 5'000 bestraft, hat dies eine Eintragung im Strafregister zur Folge.<sup>165</sup> Dieser bleibt für zehn Jahre bestehen und wird danach von Amtes wegen gelöscht.<sup>166</sup>

## 2. Organisationsmangel

Neben der strafrechtlichen Sanktionierung der nicht vorschriftsgemässen Führung des Aktien- und Anteilbuchs, des Genossenschaftsverzeichnisses sowie der Verzeichnisse der wirtschaftlich berechtigten Personen wird dieses Fehlverhalten unter dem neuen Recht auch einen Organisationsmangel darstellen.<sup>167</sup> Der neue Mangelatbestand ist aus verschiedenen Gründen problematisch:

In der Botschaft wird die Notwendigkeit dieses zusätzlichen Organisationsmangels damit begründet, dass ein Aktionär auf die Eintragung im Aktienbuch und im Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen angewiesen sei, um seine Mitgliedschaftsrechte auszuüben.<sup>168</sup> Dies widerspricht der konstanten und unbestrittenen Praxis des Bundesgerichts, wonach gegenüber der Gesellschaft derjenige als Aktionär gilt, der an den Aktien materiell berechtigt ist.<sup>169</sup> Ebenso falsch ist die Aussage, wonach die Eintragung der einzige Nachweis dafür sei, dass die Meldepflichten erfüllt wurden.

Ferner stellt sich die Botschaft auf den Standpunkt, dass der Aktionär keine Rechte habe, falls der Verwaltungsrat die Eintragung nicht bzw. nicht korrekt vornimmt. Auch dies ist unzutreffend. Der Aktionär hat nämlich basierend auf seiner mitgliedschaftsrechtlichen Stellung als Aktionär und zusätzlich gestützt auf Art. 8 DSG jederzeit das Recht, die ihn betreffenden Einträge im Aktienbuch und im Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen einzusehen und gegebenenfalls eine Korrektur zu verlangen. Dieser Anspruch kann notfalls auf dem Klageweg durchgesetzt werden.<sup>170</sup>

In materieller Hinsicht ist unklar, wann das Gesellschafterregister oder das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen als vorschriftsgemäss geführt gilt. Es ist davon auszugehen, dass dies für die Zwecke von Art. 731a Abs. 1 Ziff. 3 nOR immer dann der Fall ist, wenn der Eintrag den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt aufweist. Dieser beschränkt sich beim Aktienbuch und beim Verzeichnis über die wirtschaftlich Berech-

tigten auf die Namen und Adressen der einzutragenden Personen. Beim Anteilbuch ergibt sich der Inhalt aus Art. 790 Abs. 2 und 3 OR. Basis eines vorschriftsgemäss vorgenommenen Eintrags bildet dabei immer die der Gesellschaft erstattete Meldung. Aus einer etwaigen unterlassenen, zu spät erfolgten oder fehlerhaften Meldung folgt deshalb in keinem Fall, dass ein Verzeichnis nicht vorschriftsgemäss geführt ist. In der Konsequenz bedeutet dies auch, dass kein Organisationsmangel vorliegen kann, wenn bei der Gesellschaft keine Meldungen eingegangen sind und diese deshalb auch kein Verzeichnis erstellen kann. Sodann verlangt eine vorschriftsgemässe Verzeichnisführung nicht, dass die Gesellschaft in ihrem Gesellschafterregister oder Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen die ganze Übertragungshistorie aufführt. Nicht zur vorschriftsgemässen Verzeichnisführung gehören schliesslich die Pflichten in Bezug auf die Aufbewahrung von Registern und den diesen zugrundeliegenden Belegen.

Basierend auf dem Obenstehenden dürfte sich die praktische Relevanz des zusätzlichen Mangelatbestands auf Situationen beschränken, in denen die Gesellschaft zwar Meldungen von ihren Gesellschaftern erhalten hat, aber kein Verzeichnis führt oder einzelne Gesellschafter nicht in das Verzeichnis einträgt. Dies wird selten der Fall sein. Aufgrund der bestehenden Unklarheiten in Bezug auf die Frage der vorschriftsgemässen Verzeichnisführung ist aber zu befürchten, dass der Mangelatbestand in erster Linie von Gesellschaftern dazu missbraucht wird, den Verwaltungsrat oder andere Anteilseigner unter Druck zu setzen oder die geschäftliche Tätigkeit der Gesellschaft zu stören. Vor dem Hintergrund, dass viele Gerichte in Organisationsmängelverfahren dazu neigen, vorschnell die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft anzuordnen, wird es sich hierbei leider um ein durchaus effektives Instrument handeln, um sachfremde Interessen durchzusetzen.

## V. Fazit und kritische Würdigung

Die mit der Gesetzesnovelle eingeführten Änderungen in Bezug auf die Inhaberaktie stellen eine Zäsur im Schweizer Aktienrecht dar. Unter dem neuen Recht wird die Rechtsfigur der Inhaberaktie nur noch bei ein paar Dutzend Gesellschaften weiterleben und damit faktisch abgeschafft sein. Aus Sicht des Praktikers ist dies zu verschmerzen. Im Geschäftsverkehr war die Inhaberaktie insb. in der deutschsprachigen Schweiz nur noch selten anzutreffen, wobei dies seit Inkrafttreten der Änderungen gemäss dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière meist dann der Fall war, wenn es darum ging, Inhaber- in Namenaktien umzuwandeln, um der lästigen Meldepflicht gemäss Art. 697i OR zu entgehen.

<sup>165</sup> Art. 366 StGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung.

<sup>166</sup> Art. 369 Abs. 3 StGB.

<sup>167</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 nOR. Diese Bestimmung findet über die Verweise in Art. 819 OR und Art. 908 OR auch auf die GmbH und die Genossenschaft Anwendung.

<sup>168</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 319.

<sup>169</sup> BGE 137 III 460 E. 3.2.2; 90 II 164 E. 3.

<sup>170</sup> BÖCKLI (FN 24), § 6 N 367.

Die Art und Weise, wie es zur faktischen Abschaffung der Inhaberaktie kam, deren Umsetzung und die Konsequenzen für ehemalige Inhaberaktionäre sind aber in verschiedener Hinsicht problematisch und nur schwer mit den Prinzipien eines Rechtsstaats in Einklang zu bringen:

Bereits die auf internationalen Druck hin per 1. Juli 2015 in Kraft gesetzten Art. 697i–697m OR hatten für Schweizer AG und GmbH sowie deren Gesellschafter weitgehende Konsequenzen und führten aufgrund der bescheidenen Qualität der Gesetzgebung immer wieder zu Problemen. Bei der Inhaberaktie wird das mit diesen Bestimmungen eingeführte System zur Aufhebung der Anonymität rund vier Jahre später wieder umgekrempelt und durch eine automatische Umwandlung ersetzt, welche ihrerseits neue Fragen und Probleme aufwirft. Diese Art der Gesetzgebung ist fragwürdig und mit Blick auf die Rechts- und Investitionssicherheit abzulehnen.

Unter dem neuen Recht kann ein ehemaliger Inhaberaktionär, der sich gegenüber seiner Gesellschaft innerhalb von 18 Monaten ab dem Inkrafttreten der Änderungen nicht zu erkennen gab und dessen Aktien in Namenaktien umgewandelt wurden, nicht mehr selbstständig darauf hinwirken, dass er seine Aktionärsrechte wieder ausüben kann. Vielmehr wird er dazu gezwungen, seine Rechtsposition in einem gerichtlichen Verfahren nachzuweisen. Gemäss dem Gesetzgeber soll dadurch ein Anreiz geschaffen werden, dass Aktionäre ihre Meldepflicht zeitnah erfüllen.<sup>171</sup> Zwar dürfte die Regelung tatsächlich eine gewisse Abschreckungswirkung haben. Das gilt aber nur dann, wenn ein Inhaberaktionär von seiner Meldepflicht tatsächlich Kenntnis hat. Dies ist gemäss den Erfahrungen in der Praxis oftmals nicht der Fall. Zusätzlich werden von der automatischen Umwandlung betroffene ehemalige Inhaberaktionäre gegenüber anderen Namenaktionären ohne Grund massiv schlechter gestellt, da Letztere von der Gesellschaft jederzeit formlos eine Eintragung in das Aktienbuch verlangen können. Schliesslich besteht auch eine Ungleichbehandlung gegenüber ehemaligen Inhaberaktionären, deren Aktien innerhalb von 18 Monaten nach dem Inkrafttreten in einem ordentlichen Verfahren in Namenaktien umgewandelt wurden. Diese sind nämlich auch dann, wenn sie ihre Meldepflicht gemäss Art. 697i OR nie erfüllt haben und sich auch nicht in das Aktienbuch eintragen liessen, von der Rechtsfolge der Verwirkung der Vermögensrechte sowie der Nichtigkeit nicht betroffen. Für diese ungleiche Behandlung besteht weder ein Grund noch wird diese vom Global Forum oder der GAFI gefordert.

Die von Gesetzes wegen erfolgende Nichtigkeit der Aktien bei Nichteintragung in das Aktienbuch innert fünf Jahren bedeutet nichts anderes als eine Enteignung der davon betroffenen Aktionäre. Die Möglichkeit, innert

weiterer zehn Jahre einen Entschädigungsanspruch gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen, mildert dies nur wenig, da ein solcher Anspruch oftmals nicht durchsetzbar sein wird.<sup>172</sup> Wie erwähnt, werden in der Praxis viele Aktionäre und Gesellschaften weder von der Einführung der GAFI-Bestimmungen im Jahr 2015 noch von der neuen Gesetzesrevision Kenntnis haben. So verfügen die meisten Gesellschaften über keine Revisionsstelle, die sie auf die neuen Pflichten aufmerksam machen könnte, und ist den beiden Gesetzesänderungen auch in der Presse nur wenig Aufmerksamkeit zugekommen. Zusätzlich wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zum neuen Gesetz auch die ursprünglich vorgesehene Verpflichtung des Verwaltungsrats, die Inhaberaktionäre persönlich und öffentlich dazu aufzufordern, ihrer Meldepflicht nachzukommen, ohne klar ersichtlichen Grund gestrichen.<sup>173</sup> Aus diesen Gründen ist es rechtsstaatlich problematisch, dass die nicht gemeldeten Aktien nichtig werden und zwar auch dann, wenn zwischen dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung und dem Eintritt der Nichtigkeit ein Zeitraum von fünf Jahren liegt.

Schliesslich sind auch die strafrechtliche Sanktionierung einer Verletzung der Meldepflichten und die Schaffung des neuen Organisationsmangelatbestands nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 nOR problematisch. Der neue Straftatbestand dürfte aufgrund der zahlreichen bestehenden Unklarheiten in Bezug auf die Meldepflichten dem Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) nicht standhalten. Der Organisationsmangelatbestand wird in der Praxis wohl insbesondere bei Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern oder zwischen diesen und dem Leitungsorgan der Gesellschaft für zweckfremde Interessen missbraucht werden.

Aufgrund der genannten Probleme ist allen Gesellschaften mit unter dem neuen Recht unzulässigen Inhaberaktien anzuraten, die Aktien innerhalb von 18 Monaten nach dem Inkrafttreten der Neuerungen proaktiv in Namenaktien umzuwandeln. Gesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren oder Inhaberaktien in Form von Bucheffekten sollten möglichst zeitnah die Eintragung des Ausnahmetatbestands im Handelsregister verlangen. Um die schwerwiegenden gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen bei einer Pflichtverletzung zu vermeiden, ist schliesslich sicherzustellen, dass alle Gesellschafterregister und Verzeichnisse gesetzeskonform geführt werden.

<sup>171</sup> BOTSCHAFT (FN 6), 325.

<sup>172</sup> Vgl. Ziff. II.2.5.

<sup>173</sup> Vgl. Art. 4 E-UeB und BOTSCHAFT (FN 6), 321 f.