

Prüfungsrecht und -pflicht der AG in Bezug auf das Aktieneigentum ihrer Aktionäre, v.a. auch im Zusammenhang mit den neuen Vorschriften des Global Forum-Gesetzes

Markus Vischer*

In the recent past the ownership (title) due diligence in share deals, i.e. the due diligence regarding the seller's unencumbered ownership in the sold shares, became more and more important in practice, as experience shows that in a high percentage of cases there are serious issues in this respect. This leads to the question on the scope of the examination rights and examination

obligations of the corporation when shareholders wish to exercise shareholders rights. The present article deals with this question, also in the context of the recently enacted new rules of the Global Forum-Act with its implementation of further recommendations of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.

Inhaltsübersicht

- I. Legitimierter und Berechtigter an Aktien
- II. Grenzen der Legitimationswirkung
- III. Ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Legitimationswirkung
- IV. Exkurs: Bedeutung des Aktienbuchs bei der Legitimationswirkung
- V. Weitergehende aktienrechtliche Prüfungspflichten
- VI. Zusammenfassung und Ausblick auf das kommende «neue» Aktienrecht

I. Legitimierter und Berechtigter an Aktien

Nach Art. 689a Abs. 2 OR gilt im Verhältnis zur AG als Inhaberaktionär, wer ihr die Inhaberaktie vorlegt (s.a. Art. 930 ZGB).¹

Nach Art. 689a Abs. 1 OR gilt im Verhältnis zur AG als Namenaktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist (s.a. Art. 686 Abs. 4 OR).

Das Wort «gilt» impliziert, dass Geltung und Wirklichkeit bzw. Schein und Sein und damit der geltende (legitimierte) und der wirkliche Aktionär auseinanderfallen können. Alsdann ist der Legitimierte nicht mit dem Berechtigten (wirklichen Aktionär) identisch.²

Um Geltung und Wirklichkeit bzw. Schein und Sein auseinander zu halten, nimmt die AG (Schuldner) eine Prüfung vor. Sie heisst Legitimationsprü-

fung.³ Legitimationsführung ist demgegenüber die Tätigkeit, die der Ansprecher entfaltet, um sich der AG gegenüber über seine Berechtigung auszuweisen.⁴ Die diesbezüglichen Beweismittel werden auch Legitimationsmittel genannt.⁵ Gegenstand der Legitimationsprüfung ist neben der hier nicht interessierenden Vertretungsbefugnis und Identität des Ansprechers die Berechtigung (Rechtszuständigkeit, Gläubigergenschaft) in Bezug auf die Aktien.⁶

Bei der Legitimationsprüfung stellen sich zwei Grundfragen: Die erste Grundfrage betrifft die Eventualität, dass der Ansprecher der Berechtigte ist.⁷ Es geht hier um das Recht zur Legitimationsprüfung gegenüber dem Berechtigten.⁸ Die zweite Grundfrage betrifft die Eventualität, dass der Ansprecher nicht der Berechtigte ist.⁹ Es geht hier um die Pflicht zur Legitimationsprüfung gegenüber dem Berechtigten.¹⁰

Bei beiden Grundfragen geht es damit um das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Berechtigten (Gläubiger) und nicht etwa um das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Ansprecher.¹¹

Art. 689a OR regelt, wer bei Inhaber- und Namenaktien im Verhältnis zur AG als Inhaber- und Namenaktionär gilt. Die Bestimmung schreibt damit

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ Zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch auf Inhaberwertpapiere BGE 109 II 239, E. 2a.

² Zur Unterscheidung von Legitimation und Rechtszuständigkeit z.B. Peter Jäggi, Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, SAG 1950/1951, 155 ff., 175 f.

³ Peter Jäggi, Das Obligationenrecht, 7. Teil, Die Wertpapiere, a: Art. 965–989 und 1145–1155, Zürich 1959 (zit.: ZK-Jäggi), Art. 966 OR N 9.

⁴ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 10.

⁵ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 11.

⁶ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 13 ff.; zur Deckungsgleichheit der Prüfung der Berechtigung, Vertretungsbefugnis und Identität bei in Inhaberwertpapieren verbrieften Inhaberaktien z.B. BGE 123 IV 132, E. 4d.

⁷ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 25

⁸ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 25.

⁹ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 27.

¹⁰ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 27.

¹¹ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 23 ff.

einem bestimmten Sachverhalt eine Legitimationswirkung zu, nämlich bei Inhaberaktien der Vorlage der Inhaberaktie (als Inhaberwertpapier [Urkunde, Aktientitel]) und bei Namenaktien die Eintragung im Aktienbuch.¹² Diese Legitimationswirkung definiert das erwähnte Prüfungsrecht und die erwähnte Prüfungspflicht.

Die Legitimationswirkung hat zum Ziel, die Position der AG (Schuldner) zu erleichtern. Denn diese befindet sich «hinsichtlich der Person des Berechtigten in einer prinzipiellen Unsicherheit»,¹³ weil sie Aktionär und «Pseudoaktionär», wie der Legitimierte, der nicht der Berechtigte ist, in BGE 23 I 913, E. 6¹⁴ genannt wird, auseinander halten muss. Die Legitimationswirkung schützt die AG gegenüber dem Berechtigten, wenn sie ihm gegenüber nicht erfüllt, wenn er sich nicht legitimieren kann. In diesem Fall hat die AG ihm gegenüber ein Leistungsverweigerungsrecht.¹⁵ Die Legitimationswirkung schützt die AG gegenüber dem Berechtigten zudem auch, wenn sie gegenüber dem Nichtberechtigten erfüllt, wenn sich dieser legitimiert. In diesem Fall wird die AG trotz Leistung an den Nichtberechtigten (Nichtaktionär) gegenüber dem Berechtigten (Aktionär) frei.¹⁶ Das gilt z.B. in Bezug auf eine Dividende, welche die AG dem Legitimierten, aber Nichtberechtigten ausrichtet, aber z.B. auch in Bezug auf die Einräumung des Stimmrechts in einer Generalversammlung, welches die AG dem Legitimierten, aber Nichtberechtigten gewährt. Der Berechtigte kann m.a.W. in diesen Fällen von der AG die Ausrichtung der Dividende an sich nicht mehr verlangen und nicht mehr geltend

machen, er sei an der Generalversammlung stimmberechtigt gewesen und deshalb zur Geltendmachung der Nichtigkeit bzw. Anfechtung befugt.¹⁷

Die Legitimationswirkung bezweckt nicht den Schutz des Nichtberechtigten. M.a.W. ist der Nichtberechtigte auch dann nicht geschützt, wenn er legitimiert ist.¹⁸ Das erwähnte Prüfungsrecht und die erwähnte Prüfungspflicht bestehen wie erwähnt gegenüber dem Berechtigten, nicht gegenüber dem Nichtberechtigten, auch wenn er legitimiert ist. Der Legitimierte, aber Nichtberechtigte, hat gegenüber der AG keine Rechte,¹⁹ insbesondere auch nicht das Recht auf Unterlassung einer Prüfung der Berechtigung.

Entsprechend macht die Legitimationswirkung den Legitimierten nicht zum Berechtigten (Aktionär), wenn er es nicht ist.²⁰

¹² Zum Charakter von Art. 689a OR als Legitimationsnorm z.B. *Rita Trigo Trindade*, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations II*, Art. 530–1186, etc., 2. Aufl., Basel 2017 (zit.: CR CO II-*Trigo Trindade*), Art. 689a N 1; s.a. z.B. *Joshua Richard Taucher*, *Treuhändervinkulierung gemäss Art. 685d Abs. 2 OR*, Zürich/St. Gallen 2020, 16 f., zum Begriff des Aktienbuchs.

¹³ *ZK-Jäggi* (Fn. 3), Art. 966 OR N 7; *Jäggi* (Fn. 2), 156.

¹⁴ Ebenso z.B. BGE 53 II 42, E. 3.

¹⁵ *Jäggi* (Fn. 2), 157.

¹⁶ Z.B. BGE 123 IV 132, E. 4d; *ZK-Jäggi* (Fn. 3), Art. 966 OR N 148, Art. 965 OR N 52, 279, Art. 978 OR N 40; *Jäggi* (Fn. 2), 177 f.; s.a. III und dort zitierte Entscheide; s.a. *Daniel Girsberger/Johannes Lukas Hermann*, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit.: BSK OR I-*Girsberger/Hermann*), Art. 167 N 18 zum weit zu verstehenden Begriff der Zahlung in Art. 167 OR.

¹⁷ *Jäggi* (Fn. 2), 178; a.M. BGE 112 II 356, E. 7; BGE 72 II 275, E. 2 und 3; BGE 53 II 42, E. 3; BGE 23 I 912, E. 6; Handelsgericht Kanton Zürich, 14.5.1964, ZR 1965, 242, E. 3–5; *Friedrich Wolfhart Bürgi*, in: Emil Beck et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957 (zit.: *ZK-Bürgi*), Art. 691 OR N 35 f. s.a. III und dort zitierte Entscheide, durch die BGE 112 II 356 und die vorgängige Rechtsprechung überholt ist.

¹⁸ *Jäggi* (Fn. 2), 158 («Vor allem geht es bei der Ordnung des Legitimationsproblems nie darum, einen Nichtberechtigten zu schützen.»), 175 («Dagegen ist die Legitimationsordnung nicht etwa dazu da, einen Nichtberechtigten, namentlich einen Nichtmehrberechtigten, zu schützen.»), 176 («Denn der Ansprecher, der gar nicht Aktionär ist, hat gegenüber der Gesellschaft keinerlei Rechte...»; bezüglich Inhaberaktien BGer, 4A_461/2009, 1.3.2010, E. 5.2: «L'apparenza di buon diritto attribuita all'esibizione dell'azione ha il solo scopo di avvantaggiare il vero azionista»; bezüglich Zession BGer, 4C.133/2003, 30.10.2003, E. 2.1; BGE 117 II 463, E. 3; BGE 56 II 363, E. 2; BSK OR I-*Girsberger/Hermann* (Fn. 16), Art. 167 N 4.

¹⁹ *Jäggi* (Fn. 2), 176.

²⁰ Z.B. BGE 124 III 350, E. 2c: «Für die Rechtszuständigkeit an der Aktie ist aber in jedem Falle die wahre Rechtslage massgeblich.»; *ZK-Bürgi* (Fn. 17), Art. 689 OR N 43; *Jäggi* (Fn. 2), 176 («Aber auch hier ist wiederum festzuhalten, dass die Legitimationsordnung an der Rechtszuständigkeit nichts ändert.»), 179 («Die Eintragung bildet nie einen Rechtsgrund für den Erwerb der Aktionärsenschaft»); bezüglich Zession z.B. BGer, 4C.133/2003, 30.10.2003, E. 2.1; BGE 117 II 463, E. 3; BSK OR I-*Girsberger/Hermann* (Fn. 16), Art. 167 N 4.

II. Grenzen der Legitimationswirkung

Grundsätzlich geht die Legitimationswirkung nur soweit, als die Nichtberechtigung vom Schuldner nicht erkannt wird oder nicht erkennbar ist.²¹ Die Legitimationswirkung hindert zudem die AG grundsätzlich nicht daran, an den Berechtigten (Aktionär) zu leisten, auch wenn er nicht mit dem Legitimierten identisch ist.²² Diese beiden Grundsätze relativieren Art. 689a Abs. 2 und Abs. 1 OR.

Ist die Inhaberaktie in einem Inhaberwertpapier (Inhaberpapier) verbrieft, ergibt sich der **erste vorerwähnte Grundsatz** aus Art. 966 Abs. 2 OR,²³ wonach die AG (Schuldner) nur dann durch Leistung an den durch das Inhaberwertpapier ausgewiesenen Nichtberechtigten befreit wird, wenn ihr nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.²⁴ Arglist oder grobe Fahrlässigkeit liegt z.B. dann vor, wenn die

AG weiss oder hätte wissen müssen, dass das Inhaberwertpapier dem Berechtigten gestohlen wurde²⁵ oder ein Verpflichtungsgeschäft in der Übertragungskette fehlt oder fehlerhaft war, wenn dies auf das Verfügungsgeschäft durchschlägt.²⁶

Nicht Voraussetzung für das Vorliegen von Arglist ist, dass die AG die Nichtberechtigung des Legitimierten sofort liquide beweisen kann, denn die materiellrechtliche Frage darf nicht mit der beweisrechtlichen Frage vermischt werden.²⁷

Ist die Namenaktie in einem Ordrewertpapier (Urkunde, Aktientitel) verbrieft, ergibt sich der erste Grundsatz ebenfalls aus Art. 966 Abs. 2 OR, wobei diese Bestimmung allerdings durch Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1030 Abs. 3 OR verfeinert wird, in dem Sinne, dass nicht nur die Vorlage des Ordrewertpapiers notwendig ist, sondern auch die Vorlage einer ordnungsgemässen Reihe der Indossamente (= lückenlose Indossamentenkette).²⁸ Nach Art. 966 Abs. 2 OR bzw. Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1030 Abs. 3 OR wird die AG (Schuldner) nur dann durch Leistung an den durch das Ordrewertpapier und durch eine lückenlose Indossamentenkette ausgewiesenen Nichtberechtigten befreit, wenn ihr nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Arglist bzw. grobe Fahrlässigkeit liegt z.B. dann vor, wenn die AG weiss oder hätte wissen müssen, dass das Ordrewertpapier in der Kette der Besitzübertragungen nicht tradiert wurde,²⁹ ein Indossatar in der Kette der Indossatare handlungsunfähig war,³⁰ die Unterschrift

²¹ Jäggi (Fn. 2), 157, 178 f.

²² Jäggi (Fn. 2), 157, 178 f.

²³ S.a. Art. 978 Abs. 2 OR für einen Anwendungsfall von Art. 966 Abs. 2 OR; so BGE 123 IV 132, E. 4d; ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 978 OR N 59; s.a. BGE 123 IV 132, E. 4d, zum legitimationsrechtlichen Charakter von Art. 966 Abs. 2 OR.

²⁴ BGE 123 IV 132, E. 4d; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 19 N 1024; ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 175, Art. 978 OR N 58 f.; s.a. III und dort zitierte Entscheide; zu den Begriffen der Arglist und groben Fahrlässigkeit und insbesondere auch zum Sorgfaltsmassstab der AG in Bezug auf die grobe Fahrlässigkeit z.B. BGE 123 IV 132, E. 4d; Robert Furter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965–1186 OR, etc., Basel 2012 (zit.: BSK Wertpapierrecht-Autor), Art. 966 OR N 11; ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 150 ff., Art. 978 OR N 57 ff., Art. 1145 OR N 56 ff.; s.a. die Umschreibungen der groben Fahrlässigkeit der AG z.B. bei Ines Pöschel, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, etc., 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-Autor), Art. 689a OR N 4 (schwerwiegende materielle Anhaltspunkte), Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 2 N 125 (zwingender Anlass zur Annahme), Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 356 (begründete Zweifel) und Ulrich Benz, Aktienbuch und Aktionärswechsel, Zürich 1981, 69 (erheblicher Anlass), welche sich als das Vorliegen konkreter Indizien des Auseinanderfallens von Legitimation und Berechtigung zusammenfassen lassen; zur in der Praxis gestützt auf Art. 689a Abs. 2 Satz 2 OR bei hinterlegten Inhaberwertpapieren oft vorgenommenen vorgelagerten Prüfung des Urkundenbesitzes vor einer Generalversammlung z.B. BGer, 4A_507/2014, 15.4.2015, E. 5.3, und BSK OR II-Pöschel (Fn. 24), Art. 689a OR N 15 f.

²⁵ BGE 123 IV 132, E. 4d.

²⁶ Zur (unumstrittenen) kausalen Natur der Verfügung über ein Inhaberwertpapier z.B. Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar von der Crone, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2018, § 2 N 184.

²⁷ Frage offengelassen in BGE 123 IV 132, E. 4d; a.M. z.B. ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 150; s.a. BGE 90 II 164, E. 4 zum Aktienbuch als Beweismittel, wo richtigerweise von Gegenbeweismitteln zu diesem Beweismittel die Rede ist, und nicht von sofortigen liquiden Gegenbeweismitteln; ebenso BGer, 4A_95/2015, 22.9.2015, E. 2.2.4.2; s.a. zur durch das Aktienbuch geschaffenen gesetzlichen Vermutung IV.

²⁸ Z.B. BSK Wertpapierrecht-Furter (Fn. 24), Art. 966 OR N 7; ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 175; s.a. BSK Wertpapierrecht-Grüninger/Hunziker/Roth (Fn. 24), Art. 1006 OR N 4, zur Schliessung von Lücken in der Indossamentenkette durch Nachweis der materiellen Berechtigung, z.B. bei Erbgang oder Zwangsvollstreckung.

²⁹ Benz (Fn. 24), 63, 69.

³⁰ Benz (Fn. 24), 63, 69.

eines Indossanten gefälscht wurde³¹ oder ein Verpflichtungsgeschäft in der Übertragungskette fehlt oder fehlerhaft war, wenn dies auf das Verfügungsgeschäft durchschlägt.³²

Diese Regel gilt bei Namenaktien für die erste Legitimationsprüfung der AG vor der Eintragung im Aktienbuch.³³ Anschliessend übernimmt die Eintragung im Aktienbuch anstelle der Vorlage des Ordrewertpapiers und der lückenlosen Indossamentenkette die Legitimationsfunktion³⁴ i.S. einer Dauerlegitimation,³⁵ wobei das Aktienbuch allerdings «nur die gesellschaftsinterne Auswirkung der Legitimationsführung» darstellt.³⁶ Entsprechend erfolgen die weiteren Legitimationsprüfungen durch die AG gestützt auf die Eintragung im Aktienbuch. Auch diesbezüglich gilt aber, dass die AG (Schuldner) nur dann durch Leistung an den durch die Eintragung im Aktienbuch ausgewiesenen Nichtberechtigten befreit wird, wenn ihr nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.³⁷ Das kann z.B. dann der Fall sein, wenn ein zweiter Ansprecher mit gehörigen Ausweisen die Eintragung im Aktienbuch verlangt.³⁸ Das kann weiter der Fall sein, wenn die AG absichtlich oder grobfahrlässig einen Nichtberechtigten in das Aktienbuch

eintrug³⁹ oder, was in der Praxis sehr häufig ist,⁴⁰ absichtlich oder grobfahrlässig das Aktienbuch nicht korrekt (nach-)führte.⁴¹

Diese Regeln gelten bis zu einem gewissen Grad auch bei in anderen als in einem Inhaber- oder Ordrewertpapier verbrieften Aktien, z.B. Rektaaktien,⁴² bei nicht verbrieften Inhaber- oder Namenaktien und bei Aktien in der Form von Wertrechten,⁴³ weil hier in aller Regel Zessionsrecht zur Anwendung kommt.⁴⁴

Sie gelten aber bis zu einem gewissen Grad auch bei nicht rechtsgeschäftlichen Übertragungen von Aktien, z.B. durch Erbgang oder Zwangsvollstreckung, weil hier Zessionsrecht analog anwendbar ist.⁴⁵

Die massgebende Bestimmung im Zessionsrecht ist Art. 167 OR. Art. 167 OR schützt die AG dann, wenn die Leistung der AG an den Nichtberechtigten aus einem Irrtum der AG heraus erfolgt, den der Berechtigte (Aktionär), der durch eine lückenlose Zessionskette⁴⁶ ausgewiesen ist, verursacht hat. Dies ist

³¹ Benz (Fn. 24), 63, 69.

³² Jäggi (Fn. 2), 176; a.M. Benz (Fn. 24), 61 ff., 71 f., s. aber auch 102 f. bezüglich nichtigem Verpflichtungsgeschäft; zur (unumstrittenen) kausalen Natur der Verfügung über ein Ordrewertpapier z.B. Meier-Hayoz/von der Crone (Fn. 26), § 2 N 225.

³³ S.a. Art. 686 Abs. 2 OR, wonach die Eintragung im Aktienbuch einen Ausweis über den Erwerb der Aktie zu Eigentum voraussetzt; zum zuständigen Organ zur Führung des Aktienbuchs z.B. BGE 117 II 290, E. 6b aa; BGE 76 II 51, E. 4; CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 12), Art. 686 N 6; Böckli (Fn. 24), § 13 N 161; Benz (Fn. 24), 23 ff.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 43 N 76; zur Art und zum Inhalt des Aktienbuchs z.B. Philipp Akeret/Mirjam Bammatter, Unternehmen aufgepasst: Sind Aktienbuch & Co. noch à jour?, EF 2019, 728 f.

³⁴ Meier-Hayoz/von der Crone (Fn. 26), § 19 N 1025 f.; Böckli (Fn. 24), § 6 N 320.

³⁵ BSK OR II-Pöschel (Fn. 24), Art. 689a N 4; Benz (Fn. 24), 9. Jäggi (Fn. 2), 180.

³⁶ Z.B. BGE 137 III 460, E. 3.2.2; Böckli (Fn. 24), § 6 N 320.

³⁷ Z.B. BGE 90 II 164, E. 3; Jäggi (Fn. 2), 178; s.a. BSK OR II-Pöschel (Fn. 24), Art. 689a N 13.

³⁹ Z.B. Jäggi (Fn. 2), 179, mit dem Beispiel, dass «ein gesellschaftsnotorisch urteilsunfähiger Aktionär als letzter Indossant gezeichnet hat».

⁴⁰ Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, 298.

⁴¹ BSK OR II-Pöschel (Fn. 24), Art. 689a N 12; Böckli (Fn. 24), § 2 N 125, Fn. 362 («verschlampte Nachführung des Aktienbuchs»); ZK-Bürgi (Fn. 17), Art. 689 OR N 62.

⁴² Dazu z.B. Meier-Hayoz/von der Crone (Fn. 26), § 19 N 1078 ff.

⁴³ Wohl gl.M. BGE 123 IV 132, E. 4d, bezüglich Inhaberaktien; CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 12), Art. 689a N 4.

⁴⁴ Z.B. Lieberherr/Vischer (Fn. 40), 295, 297; Benz (Fn. 24), 65; zur Verfügung über Bucheffekten Art. 24–26 BEG; zur Streitfrage, ob Bucheffekten nach der Streichung von Art. 30 Abs. 3 BEG noch mittels Zession abgetreten werden können z.B. Florian Louis Steiner; Zur Revision des Bucheffektengesetzes, GesKR 2016, 346; zur Streitfrage, ob für die Übertragung gewisser Aktienformen neben der formbedürftigen Zession auch die nicht formbedürftige Vertragsübernahme zulässig ist, z.B. Hans Caspar von der Crone/Martin Monsch/Luzius Meisser, Aktien-Token, GesKR 2019, 11 f.; Hans Caspar von der Crone/Merens Derungs, Aktien als digitalisierte Werte, SZW 2019, 485 f., 487 ff., auch unter Hinweis auf das legislative Projekt der Schaffung von DLT-Aktien; Letizia Schlegel/Dario Galli/Markus Vischer, Irrtümliche Bezeichnung des Schuldners in der Abtretungsurkunde, in: dRSK, publiziert am 18.3.2019, Rz. 28.

⁴⁵ Z.B. ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 50 ff.

⁴⁶ Z.B. BGer, 4A_314/320/2016, 17.11.2016, E. 4.2.3; Handelsgericht Kanton Zürich, 20.11.2018, ZR 2019, 117, E. 2.2 f.; Böckli (Fn. 24), § 4 N 126 f.; a.M. Carlo Egle, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Zürich 2018, N 628, welcher der Auffassung ist, es bedürfe nicht

z.B. bei Kettenzessionen durch die Nichtoffenlegung der weiteren Abtretung oder bei Mehrfachzessionen durch Nichtoffenlegung der früheren Abtretung bzw. Offenlegung nur der späteren Abtretung der Fall.⁴⁷ Art. 167 OR spricht in Bezug auf die Grenzen der Legitimationswirkung zwar nicht von Arglist und grober Fahrlässigkeit, sondern von bösem (bzw. gutem) Glauben, was aber dasselbe meint.⁴⁸ Arglist bzw. grobe Fahrlässigkeit liegt z.B. dann vor, wenn die AG weiss oder hätte wissen müssen, dass ein Zessionar in der Kette der Zedenten handlungsunfähig war,⁴⁹ die Unterschrift eines Zedenten gefälscht wurde⁵⁰ oder ein Verpflichtungsgeschäft in der Übertragungskette fehlt oder fehlerhaft war, wenn dies auf das Verfügungsgeschäft durchschlägt.⁵¹ In Bezug auf das Durchschlagen spielt natürlich die (umstrittene) Natur der Zession als kausales oder abstraktes Geschäft eine Schlüsselrolle.⁵²

«eisern» einer lückenlosen Zessionskette. Vielmehr genüge die Vorweisung der letzten Zession; s.a. *von der Crone/Monsch/Meisser* (Fn. 44), 1, zum Problem, wonach auch bei einer lückenlosen Zessionskette keine absolute Sicherheit besteht, wem eine nicht verbrieftete Aktie gehört. Z.B. BSK OR I-*Girsberger/Hermann* (Fn. 16), Art. 167 N 3; zur Verallgemeinerung des bei Ketten- und Mehrfachzessionen geltenden Prinzips z.B. ZK-*Jäggi* (Fn. 3), Art. 966 OR N 40, 60; s.a. BSK OR I-*Girsberger/Hermann* (Fn. 16), Art. 167 N 17, zum Schutz des Schuldners bei Leistung an den Nichtberechtigten nach Anzeige des Berechtigten.

⁴⁷ Bezüglich Art. 966 OR ZK-*Jäggi* (Fn. 3), Art. 966 OR N 150, wonach Arglist und grobe Fahrlässigkeit zwei Arten des bösen Glaubens sind.

⁴⁸ *Benz* (Fn. 24), 64 f., 69.

⁴⁹ *Benz* (Fn. 24), 64 f., 69.

⁵⁰ *Jäggi* (Fn. 2), 176; a.M. *Benz* (Fn. 24), 61 ff., 71 f., s. aber auch 102 f. bezüglich nichtigem Verpflichtungsgeschäft.

⁵¹ Zum Meinungsstand in der Streitfrage in Bezug auf die kausale und abstrakte Natur der Zession z.B. BSK OR I-*Girsberger/Hermann* (Fn. 16), Art. 164 N 22 ff.; *Eugen Spirig*, in: Peter Gauch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VI k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, erste Lieferung, Art. 164–174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit.: ZK-*Spirig*), Vorbem. zu Art. 164–174 OR N 37 ff.; *Meier-Hayoz/von der Crone* (Fn. 26), § 2 N 56 ff.; s.a. *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3526 ff., für das Durchschlagen eines fehlenden oder fehlerhaften Verpflichtungsgeschäfts bei einem kausalen Verständnis der Zession; BSK OR I-*Girsberger/Hermann* (Fn. 16), Art. 169 N 7, gegen das Durchschlagen eines fehlenden oder fehlerhaften Verpflichtungsgeschäfts bei einem abstrakten Verständnis der Zession.

Auch im Anwendungsbereich des Zessionsrechts übernimmt die Eintragung im Aktienbuch bei Namenaktien die Legitimationsfunktion i.S. einer Dauerlegitimation. Auch sie geht aber nicht über die Legitimationswirkung bei der Ersteintragung, im Anwendungsbereich des Zessionsrechts also über die Legitimationswirkung gemäss Art. 167 OR, hinaus.

Der Vorbehalt der Arglist und groben Fahrlässigkeit bedeutet, dass die Prüfungspflicht der AG (gegenüber dem Berechtigten) unter Umständen gegenüber der formellen Legitimationsprüfung eine «erweiterte Prüfungspflicht»⁵³ ist.

Bei Verletzung der Prüfungspflicht bzw. der erweiterten Prüfungspflicht setzt sich die AG Klagen des Berechtigten aus, seien diese Erfüllungs-, Feststellungs-,⁵⁴ Nichtigkeits-, Anfechtungs-⁵⁵ oder Schadenersatzklagen.⁵⁶ Zudem setzen sich die Organe der AG Verantwortlichkeitsklagen aus.⁵⁷ U.U. sind auch weitere Personen klageberechtigt.⁵⁸

Ist die Inhaber- oder Namenaktie in einem Inhaber- oder Ordrewertpapier verbrieft, ergibt sich der **zweite vorerwähnte Grundsatz** aus Art. 966 Abs. 1 OR. Danach befreit die Leistung an den Nichtlegitimierten die AG (Schuldner) nur dann nicht, wenn der Nichtlegitimierte Nichtberechtigter (Nichtaktionär) ist. Oder anders ausgedrückt: Die Leistung an

⁵³ *Benz* (Fn. 24), 69.

⁵⁴ Zur Klage auf Feststellung der Aktionärseigenschaft im Allgemeinen z.B. BGer, 4A_507/2014, 15.4.2015, E. 5.3.3; *Böckli* (Fn. 24), § 12 N 500; zur Kontroverse, ob bei vinkulierten Namenaktien eine Leistungsklage oder eine Feststellungsklage angezeigt ist, z.B. CR CO II-*Trigo Trindade* (Fn. 12), Art. 685 N 18 ff., wobei BGE 145 III 351, E. 2 die Kontroverse wohl endgültig im Sinne der Leistungsklage entschieden hat; s.a. BGE 76 II 51, E. 4, wonach bei ungerichteter Nichteintragung im Aktienbuch sowohl bei nicht vinkulierten als auch bei vinkulierten Namenaktien eine Leistungsklage (Erfüllungsklage) zu erheben ist.

⁵⁵ Z.B. *Benz* (Fn. 24), 70; *Jäggi* (Fn. 2), 179.

⁵⁶ Z.B. BSK OR II-*du Pasquier/Wolf/Oertle* (Fn. 24), Art. 686 N 7, auch zum Spezialfall der Haftung der Veräussererbank nach einer Meldung gemäss Art. 685e OR; *Benz* (Fn. 24), 70; s.a. auch Art. 685f Abs. 4 OR; s.a. CR CO II-*Trigo Trindade* (Fn. 12), Art. 685 N 22 ff., Art. 685f N 48 ff., zur Natur und den Modalitäten der Schadenersatzklage.

⁵⁷ CR CO II-*Trigo Trindade* (Fn. 12), Art. 685 N 17, Art. 685f N 53, bei der ungerechtfertigten Eintragung im Aktienbuch bei teilliberalen oder vinkulierten Namenaktien.

⁵⁸ Zur Klage auf Eintragung im Aktienbuch bei nicht kotierten vinkulierten Namenaktien durch den (abgelehnten) Erwerber BGE 145 III 351, E. 2.

den Berechtigten, der Nichtlegitimierter ist, schadet der AG nicht.

Das bedeutet, dass das Prüfungsrecht der AG (gegenüber dem Berechtigten) über das gemäss Prüfungspflicht bzw. gemäss erweiterter Prüfungspflicht Gebotene hinausgeht⁵⁹ und sich u.a. auch auf fehlende oder fehlerhafte Verpflichtungsgeschäfte in der Übertragungskette erstreckt, wenn das fehlende oder fehlerhafte Verpflichtungsgeschäft auf das Verfügungsgeschäft durchschlägt.⁶⁰ Schlägt das Verpflichtungsgeschäft auf das Verfügungsgeschäft durch, gilt der Grundsatz der unzulässigen Einmischung in fremde Rechtsbeziehungen (*res inter alios acta*) nicht,⁶¹ ganz abgesehen davon, dass eine (zulässige) Einmischung schon vorliegt, wenn sich die AG nur mit den Verfügungsgeschäften, also z.B. der lückenlosen Indossamenten- oder Zessionskette, befasst.⁶²

Die AG nimmt dieses Prüfungsrecht allerdings «auf ihre Gefahr hin»⁶³ wahr.⁶⁴ Auf «eigene Gefahr hin» bedeutet, dass sich die AG bei rechtswidriger Nichtleistung an den Berechtigten Klagen des Berechtigten (und ev. weiterer Personen, jedoch auf keinen Fall des Nichtberechtigten, auch wenn er legitimiert

ist) aussetzt, seien diese Erfüllungs-, Feststellungs-, Nichtigkeits-, Anfechtungs-⁶⁵ oder Schadenersatzklagen.⁶⁶ Zudem setzen sich die Organe der AG Verantwortlichkeitsklagen aus. Sie (bzw. ihr Verwaltungsrat) darf ihr Prüfungsrecht nur ausüben, wenn dies im Interesse der AG geboten ist (Art. 717 OR). In dem Sinne verschafft das beschriebene Prüfungsrecht der AG weder eine *per se* folgenlose noch eine unlimitierte Kompetenz zum Schnüffeln.⁶⁷

Diese Regeln gelten auch bei in anderen als in einem Inhaber- oder Ordrewertpapier verbrieften Aktien⁶⁸ und auch bei nicht rechtsgeschäftlich übertragenen Aktien.⁶⁹

Das Zusammenspiel von Prüfungsrecht und Prüfungspflicht im Spannungsfeld zwischen Legitimation und Berechtigung wird in BGer, 4C.275/2005, 21.12.2005, E. 2.1, schön wie folgt umschrieben: «Die Prüfung der materiellen Legitimation des Präsentanten stelle in der Regel nur ein Recht der Gesellschaftsorgane dar, nicht aber eine Verpflichtung oder eine Obliegenheit. Unter Umständen bestehe aber dennoch eine Prüfungspflicht, und zwar dann, wenn die Gesellschaftsorgane durch das Abstellen auf die formelle Legitimation qualifiziert schuldhaft in Verkennung der materiellen Rechtslage handeln würden; in solchen Konstellationen treffe sie die Rechtspflicht, dem materiell nicht berechtigten Präsentanten die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu verweigern.»⁷⁰

⁵⁹ BGE 123 IV 132, E. 4d bezüglich Inhaberaktien; BSK OR II-Pöschel (Fn. 24), Art. 689a N 12, 15, s.a. N 6 für einen Spezialfall bei börsenkotierten vinkulierten Namenaktien; Böckli (Fn. 24), § 2 N 125 bezüglich Namenaktien; Benz (Fn. 24), 70 f. bezüglich Namenaktien; ZK-Bürgi (Fn. 17), Art. 689 OR N 41, 62; ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 26, Art. 978 OR N 51, bezüglich Inhaberaktien; Jäggi (Fn. 2), 176 f. bezüglich Namenaktien; s.a. III und dort zitierte BGE; a.M. CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 12), Art. 689a N 4, welche der AG ein Prüfungsrecht nur zugestehen will, wenn konkrete Indizien des Auseinanderfallens von Legitimation und Berechtigung bestehen, in welchem Fall aber nach richtiger Auffassung nicht ein Prüfungsrecht, sondern eine Prüfungspflicht besteht.

⁶⁰ Jäggi (Fn. 2), 176; a.M. Benz (Fn. 24), 71 f.

⁶¹ A.M. BSK OR I-Girsberger/Hermann (Fn. 16), Art. 169 N 7, wonach bei der Zession eine Einrede des Schuldners gestützt auf Verpflichtungsgeschäfte zwischen Zedenten und Zessionaren eine unzulässige *exceptio de iure tertii* sei, selbst wenn man die kausale Natur der Zession bejahen würde, wofür sie sich u.a. auf BGE 50 II 389, E. 2b und BGE 50 II 150, E. 4 berufen. Diese zwei Entscheide sind allerdings nicht einschlägig, da sich das Bundesgericht früher für die Abstraktheit der Zession aussprach und die Frage erst später offenliess (BSK OR I-Girsberger/Hermann [Fn. 16], Art. 164 N 23).

⁶² ZK-Spirig (Fn. 52), Vorbem. zu Art. 164–174 OR N 76.

⁶³ ZK-Jäggi (Fn. 3), Art. 966 OR N 26, Art. 978 OR N 51.

⁶⁴ BGE 123 IV 132, E. 4d; BGE 90 II 164, E. 3; Benz (Fn. 24), 69 f., 72 f.; Jäggi (Fn. 2), 177, s.a. 158.

⁶⁵ Z.B. Jäggi (Fn. 2), 179.

⁶⁶ Benz (Fn. 24), 73.

⁶⁷ S. zur Wortwahl Böckli (Fn. 24), § 6 N 118 im Zusammenhang mit der Treuhändervinkulierung in Bezug auf die wirtschaftlich berechtigten Personen; s. zur Treuhändervinkulierung auch IV.

⁶⁸ Wohl gl.M. CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 12), Art. 689a N 4.

⁶⁹ S.a. BSK OR I-Girsberger/Hermann (Fn. 16), Art. 167 N 3, zur Leistung des Schuldners an Berechtigten vor Erhalt der Abtretungsanzeige bei der Zession.

⁷⁰ S. auch BGer, 4A_461/2009, 1.3.2010, E. 5.2.

Insgesamt lässt sich damit sagen, dass die Legitimationswirkung auf einer widerlegbaren Vermutung basiert,⁷¹ wobei die AG u.U. zur Widerlegung verpflichtet bzw. berechtigt ist.

III. Ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Legitimationswirkung

In BGE 112 II 356 ging es um die Frage, ob neben dem notwendigen wertpapierrechtlichen Nachweis des Ansprechers auch das nach Auffassung der AG i.S. des BewG⁷² nichtige Erwerbsgeschäft (Verpflichtungsgeschäft) relevant ist, mit dem der Ansprecher die betreffenden Inhaberaktien erworben hatte. Das Bundesgericht verwies diesbezüglich auf Art. 689 Abs. 4 aOR (= heute im Wesentlichen Art. 689a Abs. 2 OR) und führte Folgendes aus: «Wer sich als Besitzer einer Inhaberaktie ausweist, ist im Verhältnis zur Gesellschaft zur Ausübung des Stimmrechts befugt (Art. 689 Abs. 4 OR). Das gilt indes nicht unbedingt und schliesst nicht jeden Gegenbeweis aus, wie das Bundesgericht im Zusammenhang mit Aktienübertragung zur Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen oder Vertretungsverboten angenommen hat (BGE 53 II 47 E. 3; Bundesgericht in SJ 100/1978 S. 520 E. 4 mit Hinweisen auf BGE 81 II 541 und BGE 72 II 292). In derartigen Fällen besteht in der Tat ein Interesse der Gesellschaft und nicht nur anderer Aktionäre an einer Überprüfung. [...] Dage-

gen wäre es mit Art. 689 Abs. 4 OR nicht mehr vereinbar, dass die Gesellschaft den Besitzer von Inhaberaktien wegen zivilrechtlicher Mängel des Erwerbsgeschäftes vom Stimmrecht ausschliessen könnte. [...] Eine andere Betrachtungsweise würde unerfreuliche Manipulationen erlauben und damit den geordneten Ablauf von Generalversammlungen wie auch die Rechtssicherheit gefährden.»⁷³

Damit verkannte das Bundesgericht die Rechtslage und vermischte die Frage der Legitimation und die Frage der Berechtigung, indem es Legitimation und Berechtigung im Wesentlichen gleichsetzte und sich weigerte, die von der AG aufgrund der geschilderten Prüfungspflicht in Frage gestellte wirkliche Berechtigung des Ansprechers zu prüfen. Als Folge davon schützte es den Ansprecher anstatt die AG und nahm in Kauf, dass der Ansprecher u.U. der nicht wirklich Berechtigte war. Es setzte dadurch die AG dem Risiko aus, sich in Zukunft durch ihre Leistungen an den Ansprecher nicht gültig befreien zu können, sollte der Ansprecher wirklich der Nichtberechtigte sein. Denn die AG war in Bezug auf den Ansprecher i.S.v. Art. 966 Abs. 2 OR infolge des Wissens um die mutmassliche Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts bösgläubig. Das Bundesgericht stellte zwar wie angetönt nicht völlig auf die legitimationsrechtliche Lage ab, berief sich aber für zulässige Abweichungen davon auf zu eng interpretierte Interessen der AG. Diese sind vielmehr weiter zu fassen, in dem Sinn, als es der AG erlaubt sein muss, ihrer Prüfungspflicht gegenüber dem Berechtigten nachzukommen, die bei Wissen oder bei starken Indizien der Nichtberechtigung des Ansprechers, also bei Bösgläubigkeit i.S.v. Art. 966 Abs. 2 OR, über die formelle Legitimationsprüfung gemäss Art. 689a Abs. 2 OR hinausgeht. Auch das Manipulationsargument des Bundesgerichts überzeugt nicht, sind doch Manipulationen jeden Rechts denkbar. Solchen Manipulationen ist vielmehr grundsätzlich mit der Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu begegnen. Das Bundesgericht schützte zudem in dieser Entscheidung nicht nur nicht die AG, sondern auch den Berechtigten nicht, indem es ihn vertröstete, «es [werde] Sache des besser Berechtigten sein, einen unter Mitwirkung des Besitzers gefassten Beschluss gerichtlich anzufechten».⁷⁴

⁷¹ Z.B. BGE 137 III 460, E. 3.2.2 bezüglich Namenaktien bzw. Eintragung von Namenaktien im Aktienbuch; BGer, 4A_461/2009, 1.3.2010, E. 5.2 bezüglich Inhaberaktien: «L'art. 689a cpv. 2 CO non esclude perciò che sia fornita la contro-prova che il portatore non sia l'avente diritto.»; BGE 124 III 350, E. 2c; CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 12), Art. 689a N 2; BSKOR II-du Pasquier/Wolf/Oertle (Fn. 24), Art. 686 N 4; s. z.B. auch Max Kummer, in: H. Becker (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 8 ZGB N 317 ff., zu den gesetzlichen Vermutungen, zu der durch zu bewirkten Beweislastumkehr bzw. Widerlegung im Allgemeinen; s.a. Art. 930 ZGB, wo von einer Vermutung die Rede ist; für ein illustratives Beispiel s. Handelsgericht Kanton Zürich, HG170189, 24.9.2019, mit einem Fall im Übrigen, in dem die AG und nicht ein Dritter die sich aus dem Aktienbuch ergebende Vermutung zu widerlegen versuchte.

⁷² Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16.12.1983, SR 211.412.41.

⁷³ BGE 112 II 356, E. 7.

⁷⁴ BGE 112 II 356, E. 7.

Entgegen BGE 112 II 356⁷⁵ kann, ja muss die AG aufgrund ihrer Prüfungspflicht dem Legitimierten, aber Nichtberechtigten, nicht nur Umgehungen von Stimmrechtsbeschränkungen oder Vertretungsverboten entgegenhalten, sondern u.U. (d.h. bei Wissen oder starken Indizien seiner Nichtberechtigung) alle Einreden und Einwendungen gegen seine (angebliche) Berechtigung vorbringen.⁷⁶

Das Prüfungsrecht bzw., bei Wissen oder starken Indizien des Auseinanderfallens von Legitimation und Berechtigung, die Prüfungspflicht der AG gegenüber dem Berechtigten erstreckt sich entgegen BGE 112 II 356 insbesondere auch auf fehlende oder fehlerhafte Verpflichtungsgeschäfte in der Übertragungskette.⁷⁷

IV. Exkurs: Bedeutung des Aktienbuchs bei der Legitimationswirkung

Die Eintragung im Aktienbuch hat die beschriebene Legitimationswirkung.⁷⁸ Die Eintragung ist damit nicht konstitutiv und auch kein Formerfordernis für das Erlangen der wirklichen Berechtigung, d.h. der wirklichen Aktionärsstellung. Sie ist m.a.W. in Bezug auf die Berechtigung an den Aktien rein deklaratorisch.⁷⁹

Die nicht konstitutive Wirkung des Aktienbuchs zeigt sich auch in der Praxis, wonach Aktiengesellschaften ohne Weiteres ab dem Zeitpunkt, in dem der Veräusserer aufgrund einer Meldung der Veräussererbank gemäss Art. 685e OR aus dem Aktienbuch ausgetragen wird, vermögensrechtliche Leistungen an die Erwerber börsenkotierter vinkulierter Namenaktien erbringen, bevor diese im Aktienbuch eingetragen sind.⁸⁰

Aufgrund des beschriebenen Prüfungsrechts gegenüber dem Berechtigten⁸¹ kann die AG, ja muss sie aufgrund der beschriebenen Prüfungspflicht u.U. die Eintragungen im Aktienbuch prüfen.⁸² Die AG muss Eintragungen streichen, wenn sie sich nachträglich als falsch herausstellen (z.B. weil die Aktie von einem Handlungsunfähigen übertragen wurde),⁸³ aber auch, wenn die Eintragung nachträglich falsch wird, weil die eingetragene Person (z.B. infolge eines Verkaufs) ihre Berechtigung verliert.⁸⁴ Die Streichung, welche im weiteren Sinn auch eine Eintragung im Aktienbuch ist, erfolgt «*ex officio*», ohne dass es eines Gesuchs oder einer richterlichen Anordnung bedarf.⁸⁵ Denn mit dem Wissen der AG um die Nichtberechtigung der eingetragenen Person fällt die Legitimationswirkung des Aktienbuchs dahin und wird die bisherige Eintragung nutzlos.

Dieser Verlust der Berechtigung (z.B. infolge eines Verkaufs) ist nicht mit der Situation zu verwechseln, dass bei vinkulierten Namenaktien ein Aktionär durch die AG unter dem Vinkulierungsregime der AG

⁷⁵ Und dem diesem Entscheid auch für unverbriefte Inhaberaktien folgenden Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht vom 2.4.2019 (400 18 345).

⁷⁶ So jetzt BGE 123 IV 132, E. 4d: «Der Rechtsschein der blossen Vorweisung hat den einzigen Zweck, dem wirklich Berechtigten zu dienen; daher schliesst er den Gegenbeweis dafür, dass der Inhaber formell und materiell nicht berechtigt ist, nicht von vornherein aus»; bestätigt durch BGer, 4C.275/2005, 21.12.2005, E. 2.1, wo explizit festgehalten wird, dass BGE 112 II 356 durch BGE 123 IV 132, E. 4d, eingeschränkt worden sei; bestätigt auch durch BGer, 4A_461/2009, 1.3.2010, E. 5.2: «In altre parole, chi si presenta all'assemblea generale come detentore formale di un'azione al portatore, senza averne manifestazione diritto, non può prevalersi della presunzione dell'art. 689a cpv. 2 CO»; s.a. auch BGer, 4A_507/2014, 15.4.2015, E. 5.3.

⁷⁷ S. II.

⁷⁸ S. I und II.

⁷⁹ BGE 117 II 290, E. 6b aa: «Selon la jurisprudence, l'inscription ou le refus d'inscription sur le registre des actions n'a pas une signification propre, mais n'est qu'une mesure d'exécution de la décision prise; elle n'opère pas le transfert de la propriété des actions, mais le suppose.»; BGE 90 II 164, E. 3; BGE 87 II 249, E. 1: «Die Eintragung in das Aktienbuch bewirkt den Übergang des Eigentums an der

Aktie nicht, sondern setzt ihn voraus»; *Meier-Hayoz/von der Crone* (Fn. 26), § 19 N 1027: «Die Aktionärsstellung geht nicht etwa mit dem Eintrag im Aktienbuch über.»; *Benz* (Fn. 24), 120 f.; *Jäggi* (Fn. 2), 179; die Rechtslage in Bezug auf das Aktienbuch verkennend Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz, 21.11.2018, BBl 2019, 296, 319 (s.a. *Egle* [Fn. 46], N 909).

⁸⁰ Zu dieser Praxis z.B. s.a. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 23.11.2016, BBl 2017, 399, 440 f.; BSK-OR II-*du Pasquier/Wolf/Oertle* (Fn. 24), Art. 685f N 9.

⁸¹ S. II.

⁸² S. bereits II.

⁸³ *Jäggi* (Fn. 2), 177.

⁸⁴ S. schon I, insb. Fn. 18, wonach die Legitimationswirkung, auch des Aktienbuchs, nicht dazu dient, einen Nichtmehrberechtigten zu schützen.

⁸⁵ Z.B. *Benz* (Fn. 24), 102 ff.; a.M. z.B. *ZK-Bürgi* (Fn. 17), Art. 685 OR N 9.

zugelassen wurde, nachträglich aber die Voraussetzungen unter diesem Vinkulierungsregime nicht mehr erfüllt. Denn die Vinkulierung berechtigt die AG nur zu einer Einmalkontrolle im Sinne einer Eintrittskontrolle und, vorbehaltlich von Rechtsmissbrauchsfällen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB, nicht zu einer Dauerkontrolle.⁸⁶ Diese Wirkung ist die Folge der grundsätzlich unwiderruflichen Ausübung eines Gestaltungsrechts durch die AG, nämlich der Zulassung (Anerkennung) als Aktionär mit Stimmrecht (Vollaktionär) bzw. Aktionär ohne Stimmrecht unter dem Vinkulierungsregime.⁸⁷ Sie ist nicht die Folge der Eintragung im Aktienbuch, auch wenn u.U. die Zulassung unter dem Vinkulierungsregime in der Form der Eintragung erfolgt.⁸⁸ Denn auch hier gilt, dass die Eintragung einer Person im Aktienbuch diese nicht zum wirklichen Berechtigten (Aktionär) macht.⁸⁹ Die Eintragung ist entsprechend auch nicht Gültigkeitsvoraussetzung für die Zulassung.⁹⁰ Ob die Zulassung als Folge der ausgeübten Eintrittskontrolle *ex tunc* rückgängig gemacht werden kann, ist nach der wohl herrschenden Lehre eine Frage der Anwendbarkeit von Art. 686a OR, welche Bestimmung allerdings fälschlicherweise nicht von der Zulassung, sondern von der Eintragung spricht. Sie soll abschliessend sein und die allgemeinen Regeln z.B. bezüglich Irrtum verdrängen. Eine Zulassung im Falle eines Irrtums der AG i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR könnte alsdann nicht rückgängig gemacht werden.⁹¹

Welche Prüfungspflicht und welches Prüfungsrecht die AG im Zusammenhang mit der erwähnten Eintrittskontrolle hat, ist umstritten, v.a. was die Pflicht bzw. das Recht der AG zur Ermittlung der wirtschaftlichen Berechtigung an den fraglichen Aktien gestützt auf Art. 685b Abs. 3 OR und Art. 685d Abs. 2 OR («Treuhändervinkulierung») betrifft.⁹²

Wiederum nicht mit der Situation des nachträglichen Nichterfüllens der Vinkulierungsvorschriften zu vergleichen ist der Tatbestand, wonach in Bezug auf die nach einem positiven Zulassungsentscheid eingetragenen vinkulierten Namenaktien eine (nachträgliche) indirekte (mittelbare) Handänderung im Sinne einer Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung bei gleichbleibender rechtlicher Zuständigkeit stattfindet. Bekanntlich wurde dies im Rahmen des «Sika-Falls» diskutiert, in dem umstritten war, ob eine (nachträgliche) indirekte Handänderung von vinkulierten Namenaktien (oder, wie im «Sika-Fall», eine bloss beabsichtigte indirekte Handänderung, weil nur das Verpflichtungs- und nicht auch das Verfügungsgeschäft vorlag) es der AG erlaubt, die Einhaltung des Vinkulierungsregimes erneut zu prüfen und einen Zulassungs- bzw. Nichtzulassungsentscheid zu fällen und in letzterem Fall die bisher in Bezug auf die vinkulierten Namenaktien zugelassene Person im Aktienbuch zu streichen bzw. nicht mehr (bzw. nur noch teilweise) als Berechtigten (Aktionär)

⁸⁶ BGE 117 II 290, E. 6b aa; z.B. *Taucher* (Fn. 12), 148; *von der Crone* (Fn. 24), § 3 N 94; *Peter Forstmoser/Marcel Kuchler*, Aktionärbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015, N 824; *Böckli* (Fn. 24), § 6 N 344; *Francine Defferrard*, Die Mitwirkung der Aktiengesellschaften an der Übertragung von nicht kotierten vinkulierten Namenaktien, *Trex* 2000, 385; *Kläy* (Fn. 24), 376 f., 382; weitergehend wohl BGE 109 II 43, E. 3b; diesem BGE folgend *Forstmoser/Kuchler* (Fn. 86), N 824, Fn. 74.

⁸⁷ BGer, 4A_440/2017, 3.4.2018, E. 4; *Kläy* (Fn. 24), 231, 353 f.

⁸⁸ Zur Differenzierung von Zulassung und Eintragung z.B. BGE 90 II 235, E. 3; BGE 90 II 164, E. 3; BGE 83 II 297, E. 3; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 33), § 43 N 84 ff., 88; *Jäggi* (Fn. 2), 181; s.a. Handelsgericht Kanton Zürich, 26.8.2009, ZR 2009, 301, E. 4.4.2, mit einer Verwechslung von Zulassung und Eintragung; unpräzise auch BGE 117 II 290, E. 6b aa.

⁸⁹ S. I.

⁹⁰ Z.B. *Jäggi* (Fn. 2), 181.

⁹¹ Zum Ganzen z.B. *Kläy* (Fn. 24), 354, 375 f., 378 ff.; s.a. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 33), § 43 N 88, § 44 N 51, 245, 252; für eine Anwendung von Art. 686a OR

nicht auf die Zulassung, sondern entsprechend dem Wortlaut effektiv auf die Eintragung, z.B. *Peter Böckli/Daniel Häring*, Das Aktienbuch: Ein neuer Blick auf ein altes Register, in: Juan Carlos Landrove (Hrsg.), *De lege negotiorum, Etudes autour du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet*, Genf 2009, 127 ff., welche aber auch (gewisse) Streichungen ausserhalb von Art. 686a OR zulassen; s.a. BGE 81 II 534, E. 3; bestätigt in BGE 112 II 356, E. 7, wo (vor dem Inkrafttreten von Art. 686a OR) anfängliche Umgehungen der Vinkulierungsvorschriften unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 Abs. 2 ZGB abgehandelt wurden.

⁹² Für einen weiten Begriff des «Treuhänders» z.B. *Dieter Gericke/Valentin Jentsch*, Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären, SZW 2017, 622 f. (ad Art. 685d Abs. 2 OR); BSK OR II-du *Pasquier/Wolf/Oertle* (Fn. 24), Art. 685b N 16a (ad Art. 685b, Abs. 3 OR); *von der Crone* (Fn. 24), § 3 N 92 f., 122 (ad Art. 685b, Abs. 3 OR); für einen engen Begriff des «Treuhänders», z.B. *Taucher* (Fn. 12), 46 ff. (ad Art. 685d Abs. 2 OR); *Böckli* (Fn. 24), § 6 N 118, unter dem Titel «Keine Kompetenz zu weiterem Schnüffeln» (ad Art. 685d Abs. 2 OR).

zuzulassen.⁹³ Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen und nur bei einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Vinkulierungsvorschriften i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB zu bejahen. Eine solche rechtsmissbräuchliche Umgehung liegt bei einer der Zulassung nachfolgenden indirekten Handänderung in aller Regel nicht und auf alle Fälle nicht *per se* und sicher nicht beim Abschluss nur des Verpflichtungsgeschäfts vor.⁹⁴ Es gilt, mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Recht⁹⁵ nicht zu übertreiben.⁹⁶

Das (hier bejahte) Recht zur Streichung einer Person im Aktienbuch durch die AG «*ex officio*» ist wie gezeigt umstritten. Ebenso umstritten ist die «*ex officio*»-Eintragung einer Person im Aktienbuch durch die AG. Die herrschende Lehre scheint zu sein, dass die ersten Aktionäre (nach der Gründung oder einer Kapitalerhöhung) durch die AG «*ex officio*» eingetragen werden dürfen und müssen,⁹⁷ dass es im Übrigen aber vorbehaltlich für eine Eintragung eines Gesuchs oder einer richterlichen Anordnung bedarf.⁹⁸ Dem kann nicht gefolgt werden, kann doch die AG nicht

berechtigt und nicht verpflichtet sein, ein Aktienbuch zu führen, von dem sie weiss, dass es Nichtberechtigte (Nichtaktionäre) ausweist. Denn die Eintragung im Aktienbuch schafft ebenso wie die Nichteintragung, wie schon mehrfach gesagt, kein Recht und ändert an den wirklichen Berechtigungen nichts. Entsprechend sind Eintragungen nicht nur «*ex officio*» zu streichen, sondern bei gegebenen Voraussetzungen auch «*ex officio*» vorzunehmen. Weist das Aktienbuch also eine falsche Eintragung auf, welche die AG in Anwendung der beschriebenen Prüfungspflicht oder in Anwendung des beschriebenen Prüfungsrechts feststellt, ist es «*ex officio*» zu korrigieren, ohne dass es eines Gesuchs bedarf.⁹⁹ Die falsche Eintragung kann sich aufgrund falscher Angaben des Veräusserers oder eines Dritten, aufgrund eines Irrtums der AG oder aufgrund einer nach der Eintragung veränderten Rechtslage ergeben. In diesem Sinne ist das Aktienbuch dynamisch und nicht statisch. Es ist kein Register *ex tunc*.¹⁰⁰ Sinnvollerweise hält die AG bei Änderungen des Aktienbuchs in analoger Anwendung von Art. 686a OR das Verfahren von Art. 686a OR ein.

Mit den Ausführungen zur (Nicht-)Notwendigkeit eines Gesuchs zu Änderungen des Aktienbuchs soll nicht gesagt sein, dass es bei vinkulierten Namenaktien im Rahmen der Vinkulierungsregelung nicht eines Zulassungsgesuchs bedarf.¹⁰¹ Dieses darf aber analog der Ausführungen zur Zulassung und Eintra-

⁹³ Zum «Sika-Fall» z.B. *Walter A. Stoffel/Arnaud Constantin*, *Le droit des sociétés* 2017/2018, SZW 2018, 287 ff., 295; *Peter Nobel*, in: Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung*, Bern 2017, § 7 N 270 ff.; *Camille Auberson/Damien Oppliger*, *L'affaire Sika: un exemple en faveur d'une approche économique des transferts d'actions soumis à l'agrément de la société*, SZW 2015, 614.

⁹⁴ Wohl gl.M. *Taucher* (Fn. 12), 147 f., insb. Fn. 622; *Kläy* (Fn. 24), 382; eher gl.M. *Gericke/Jentsch* (Fn. 92), 627 ff.; restriktiver *Böckli* (Fn. 24), § 6 N 353; für eine weitergehende Kontrolle nachträglicher indirekter Handänderungen BSK OR II-*du Pasquier/Wolf/Oertle* (Fn. 24), Art. 685a N 5a, auch zu den sich stellenden Problemen der Anwendung der Vinkulierungsvorschriften auf indirekte Handänderungen auf der Rechtsfolgeebene; *Auberson/Oppliger* (Fn. 93), 628; s.a. BGer, 4C.242/2001, 5.3.2003, zur umgekehrten Konstellation einer direkten Handänderung im Sinne einer Änderung der rechtlichen Zuständigkeit bei gleichbleibender wirtschaftlicher Berechtigung. Dazu z.B. *Egle* (Fn. 46), N 379 ff.

⁹⁵ *Markus Vischer*, *Entscheidbesprechungen, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, Aktienrecht*, BGER 4A_645/2017: *Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung*, AJP 2018, 1407; s.a. BGer, 2C_342/343/2016, 23.12.2016, E. 3.2.1 mit einem sehr engen Anwendungsbereich für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

⁹⁷ Z.B. CR CO II-*Trigo Trindade* (Fn. 12), Art. 686 N 17, 25; *Jäggi* (Fn. 2), 174.

⁹⁸ Z.B. CR CO II-*Trigo Trindade* (Fn. 12), Art. 686 N 25, Art. 686a N 5; *Benz* (Fn. 24), 105 ff.

⁹⁹ Wohl gl.M. BGE 90 II 164, E. 3; *Meier-Hayoz/von der Crone* (Fn. 26), § 19 N 1026; *Kläy* (Fn. 24), 372 ff., allerdings z.T. ohne klare Differenzierung von Zulassung unter dem Vinkulierungsregime und Eintragung im Aktienbuch; s.a. differenzierend *Böckli/Häring* (Fn. 91), 126 f., 129 f.; s.a. BGE 88 II 98, E. 2, zur grundsätzlich jederzeitigen Widerrufbarkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses: «Der Verwaltungsrat als Organ der Aktiengesellschaft bildet im Rahmen seiner Zuständigkeit deren Willen frei (Art. 55 Abs. 1 ZGB) und kann ihn daher an sich auch frei jederzeit abändern.»; z.B. auch *Böckli* (Fn. 24), § 13 N 144: «Der Verwaltungsrat kann, [...], soweit der Beschluss weder ausgeführt ist noch Aussenwirkungen entfaltet hat, widerrufen und abändern.»; welcher Aussage anzufügen ist, dass ein Verwaltungsratsbeschluss über eine Eintragung im Aktienbuch keine Aussenwirkung entfaltet, weil die Eintragung lediglich deklaratorisch ist.

¹⁰⁰ So aber Handelsgericht Kanton Zürich, 26.8.2009, ZR 2009, 301, E. 4.4.2, aufgrund einer Verwechslung von Zulassung und Eintragung; auch *Böckli* (Fn. 24), § 6 N 343 ff.; *Böckli/Häring* (Fn. 91), 130 ff.

¹⁰¹ S. Art. 685b Abs. 1 und 4 OR; Art. 685c Abs. 3 OR, Art. 685f Abs. 1 OR, Art. 685g OR.

gung nicht mit dem Eintragungsgesuch verwechselt werden, auch wenn das Zulassungsgesuch manchmal in der Form eines Eintragungsgesuchs erfolgt.

Die Frage der *ex officio*-Führung des Aktienbuchs ist von grosser Brisanz, ist doch seit dem 1.11.2019 das nicht vorschriftsgemässe Führen des Aktienbuchs gemäss Art. 327a lit. a StGB strafbar.¹⁰² Zudem stellt das nicht vorschriftsgemässe Führen des Aktienbuchs einen Organisationsmangel gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR dar, was im schlimmsten Fall zur konkursamtlichen Liquidation der AG führen kann.¹⁰³

V. Weitergehende aktienrechtliche Prüfungspflichten

Die beschriebene Legitimationswirkung bedeutet nicht, dass die AG den Legitimierten automatisch als Aktionär anerkennen darf. Vielmehr gibt es eine Vielzahl aktienrechtlicher Prüfungspflichten, welche die AG im Zusammenhang mit dieser Anerkennung erfüllen muss.

Die augenfälligste aktienrechtliche Prüfungspflicht der AG existiert bei vinkulierten Namenaktien, bei denen die AG im Interesse der AG prüfen muss, ob der Legitimierte unter den Vinkulierungsvorschriften in das Aktienbuch eingetragen werden kann. Das anwendbare Rechtsregime variiert, je nachdem, ob es sich um nicht börsenkotierte oder börsenkotierte Namenaktien handelt.¹⁰⁴ Es variiert zudem je nach Erwerbsgrund (Erwerb durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung, treuhänderischer Erwerb, börsenmässiger oder ausserbörslicher Erwerb etc.).¹⁰⁵

Eine neue aktienrechtliche Prüfungspflicht der AG wurde durch das Global Forum-Gesetz (Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21.6.2019) eingeführt. Das Global Forum-Gesetz trat mit Ausnahme gewisser Bestimmungen am 1.11.2019 in Kraft.¹⁰⁶

Das Global Forum-Gesetz erlaubt Inhaberaktien nur noch bei einer AG, welche Beteiligungspapiere an der Börse kotiert hat oder welche ihre Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet hat,¹⁰⁷ welchen Ausnahmetatbestand die AG beim Handelsregister eintragen lassen muss.¹⁰⁸

Eine AG, welche nicht von diesen beiden Ausnahmebestimmungen profitieren will (bzw. kann), muss ihre Inhaberaktien bis zum 30.4.2021 in Namenaktien umwandeln. Tut sie dies nicht «freiwillig», werden ihre Inhaberaktien am 1.5.2021 von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt.¹⁰⁹ Diese Namenaktien haben denselben Nennwert wie die alten Inhaberaktien, selbst wenn die AG neben den alten Inhaberaktien schon Namenaktien mit einem höheren oder tieferen Nennwert hatte. In letzterem Fall werden mit der Zwangsumwandlung Stimmrechtsaktien geschaffen, wobei u.U. die Regel von Art. 693 Abs. 2 Satz 2 OR, wonach der Nennwert der übrigen Aktien das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen darf, verletzt wird, was die AG nachträglich zu korrigieren versuchen muss. Die neuen Namenaktien sind nicht vinkulierte Namenaktien,¹¹⁰ selbst wenn die AG neben den alten Inhaberaktien auch vinkulierte Namenaktien hatte.¹¹¹ Die Umwandlung wirkt in Abweichung von den üblichen Regelungen bezüglich Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien gegenüber jeder Person, unabhängig von allfälligen anderslautenden Statutenbestimmungen oder Handelsregistereinträgen und

¹⁰² Dazu Markus Vischer/Dario Galli, Gedanken zu Art. 327 und Art. 327a StGB, AJP 2020, 408 ff.

¹⁰³ Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR.

¹⁰⁴ Art. 685b ff. OR und Art. 685d ff. OR.

¹⁰⁵ Art. 685b Abs. 3 und Abs. 4 OR, Art. 685d Abs. 2 und Abs. 3 OR, Art. 685f Abs. 1 OR.

¹⁰⁶ AS 2019, 3161, 3171.

¹⁰⁷ Art. 622 Abs. 1^{bis} OR; dazu z.B. Markus Vischer/Dario Galli, Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, AJP 2019, 1292 ff.

¹⁰⁸ Art. 622 Abs. 2^{bis} OR; dazu z.B. Vischer/Galli (Fn. 107), 1294 f.; zum Text der Eintragung Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF, Anleitung zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Global Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke, Fassung vom 1.11.2019 (zit.: SIF, Anleitung), 4.

¹⁰⁹ Art. 4 Abs. 1 Satz 1 UeB; dazu Vischer/Galli (Fn. 107), 1295 f.

¹¹⁰ Art. 4 Abs. 3 Satz 2 OR; s.a. Philip Spoerlé, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, GesKR 2019, 346, zur Anwendbarkeit von Art. 685 OR bei bisheriger Teilliberierung der alten (nicht verbrieften) Inhaberaktien und zur Nichtanwendbarkeit der Treuhändervinkulierung und der *escape clause* gemäss Art. 685b Abs. 1 OR.

¹¹¹ Gl.M. Dieter Gericke/Daniel Kuhn, Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, AJP 2019, 1276.

unabhängig davon, ob Aktientitel ausgegeben worden sind oder nicht.¹¹²

Im Falle dieser Zwangsumwandlung ist die AG verpflichtet, ihre Statuten an die neue Situation anzupassen,¹¹³ ausser sie habe am 30.4.2021 einen Ausnahmetatbestand erfüllt, aber dessen Eintragung im Handelsregister zwar bis am 30.4.2021 nicht, aber nachher, verlangt¹¹⁴ oder sie schaffe neu einen der beiden genannten Ausnahmetatbestände.¹¹⁵ Die Anpassung hat nach den anwendbaren aktienrechtlichen Vorschriften zu erfolgen, was u.a. einen Generalversammlungsbeschluss voraussetzt.¹¹⁶ Der AG bleibt es unbenommen, die geforderte Anpassung zu nutzen und die bestehenden zwangsumgewandelten Namenaktien in vinkulierte Namenaktien umzuwandeln. In diesem Fall sind aber wie bei einer Statutenänderung die Regeln des intertemporalen Statutenrechts einzuhalten. Das setzt eine (typisierende) Interessenabwägung zwischen den Interessen der bisherigen Inhaber- und neuen Namenaktionären betreffend grundsätzlich freie Übertragbarkeit ihrer Aktien und gleichgerichteten Interessen einerseits und den Interessen der AG und weiterer Personen an einer Vinkulierung andererseits voraus.¹¹⁷

Nach der Zwangsumwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien gemäss Art. 4 Abs. 1 Satz 1 UeB darf die AG nach der Spezialvorschrift von Art. 6 Abs. 1 UeB nur diejenigen alten Inhaber- bzw., nach der Zwangsumwandlung, neuen Namenaktionäre in das Aktienbuch eintragen, die bis zum Zeitpunkt der Zwangsumwandlung, das heisst bis (und mit) 30.4.2021 (bzw. bei einem Erwerb zwischen 30.3.2021 und 30.4.2021 innert Monatsfrist nach dem Erwerb)¹¹⁸ ihre Meldepflicht gemäss Art. 697i Abs. 1 OR erfüllt (bzw. nachgeholt)¹¹⁹ haben. Nach

diesem Zeitpunkt ist eine Meldung nicht mehr möglich, auch weil Art. 697i Abs. 1 OR am 1.5.2021 aufgehoben wird.¹²⁰ Für die Eintragung im Aktienbuch nach der Zwangsumwandlung muss die AG nach Art. 6 Abs. 1 UeB nicht überprüfen, ob die betroffenen Aktionäre ihre Meldepflichten nach Art. 697i Abs. 3 OR, nach Art. 697j Abs. 1 OR¹²¹ und nach Art. 697j Abs. 4 OR erfüllt haben, obwohl deren Nichterfüllung, soweit (und nur soweit) es um die Verletzung von Art. 697j Abs. 1 OR geht,¹²² die Sanktionen nach Art. 697m Abs. 1–3 OR (Ruhens der Mitgliedschaftsrechte, Verwirkung gewisser Vermögensrechte)¹²³ nach sich zieht.¹²⁴

Die entsprechende Prüfungspflicht der AG nach Art. 6 Abs. 1 UeB richtet sich nach Art. 697m Abs. 4 OR, weil die AG durch ihren VR handelt. Art. 697m Abs. 4 OR wurde wie die ganze Bestimmung von Art. 697m OR bis auf die Marginalie durch das Global Forum-Gesetz nicht geändert. Nach dieser Bestimmung hat der Verwaltungsrat in Bezug auf alle betroffenen alten Inhaber- bzw., nach der Zwangsumwandlung, neuen Namenaktien zu prüfen, ob eine Meldung des Erwerbs der betroffenen Aktie i.S.v. Art. 697i Abs. 1 OR vorliegt, ob die Meldung die Person des Erwerbers mit einem Vor- und Nachnamen bzw. einer Firma und einer Adresse i.S.v. Art. 697i Abs. 1 OR nennt und ob die Meldung in Bezug auf den gemeldeten Erwerbszeitpunkt rechtzeitig erfolgte.¹²⁵ Wenn die AG von der Möglichkeit gemäss Art. 697k OR (welche Bestimmung am 1.5.2021 aufgehoben wird) Gebrauch machte, muss die AG lediglich das Vorliegen einer Meldung des Erwerbs der betroffenen Aktie überprüfen.¹²⁶

Wurde die Meldung gemäss Art. 697i Abs. 1 OR in Bezug auf eine alte Inhaber- bzw., nach der Zwangsumwandlung, neue Namenaktie nicht korrekt gemacht, darf die AG den alten Inhaber- bzw., nach der Zwangsumwandlung, neuen Namenaktionär nicht im Aktienbuch eintragen, selbst wenn er sich nach Art. 689a Abs. 2 OR korrekt legitimiert. Sie

¹¹² Art. 4 Abs. 1 Satz 2 UeB; s.a. z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1295 ff.; s.a. zur Eintragung der Zwangsumwandlung im Handelsregister Art. 4 Abs. 2 UeB; s. zum Text der Eintragung Anleitung (Fn. 108), 7.

¹¹³ Art. 5 Abs. 1 UeB.

¹¹⁴ *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1295.

¹¹⁵ Art. 5 Abs. 3 UeB, z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1296 f.

¹¹⁶ Art. 704a OR; s. SIF, Anleitung (Fn. 108), 7.

¹¹⁷ *Markus Vischer*, Intertemporales Statutenrecht am Beispiel der AG, SJZ 2020, 481 ff.

¹¹⁸ Gl.M. *Gericke/Kuhn* (Fn. 111), 1277; *Spoerlé* (Fn. 110), 348.

¹¹⁹ *Spoerlé* (Fn. 110), 347; *Lukas Glanzmann*, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, SJZ 2019, 614.

¹²⁰ Zum Ganzen *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1297 f.

¹²¹ Je nach Zeitraum in der Fassung der vor oder nach dem 1.11.2019 geltenden Version.

¹²² *Markus D. Vischer*, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten, SJZ 2016, 114.

¹²³ Dazu z.B. *Vischer* (Fn. 122), 116.

¹²⁴ Z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1297.

¹²⁵ *Vischer* (Fn. 122), 118.

¹²⁶ *Vischer* (Fn. 122), 118.

darf ihn selbstverständlich aufgrund ihrer allgemeinen Prüfungspflicht unabhängig davon, ob er die Meldung gemäss Art. 697i Abs. 1 OR korrekt gemacht hat oder nicht, auch dann nicht eintragen, wenn sie weiss oder starke Indizien dafür hat, dass er nicht der Berechtigte ist.¹²⁷ Sie kann ihn zudem aufgrund ihres allgemeinen Prüfungsrechts unabhängig davon, ob er die Meldung gemäss Art. 697i Abs. 1 OR korrekt gemacht hat oder nicht, «auf eigene Gefahr» ebenfalls nicht eintragen.¹²⁸

Selbstverständlich muss die AG den Ansprecher auch dann nicht eintragen, wenn er die Meldung gemäss Art. 697i Abs. 1 OR korrekt gemacht hat. Vielmehr hat sie auch in diesem Fall ihre allgemeine Prüfungspflicht in Bezug auf die Eintragung im Aktienbuch wahrzunehmen bzw. hat sie auch in diesem Fall ihr diesbezügliches allgemeines Prüfungsrecht.¹²⁹ Daran ändert auch Art. 6 Abs. 1 UeB nichts, welche Bestimmung im Übrigen korrekt von der Eintragung der Aktionäre und nicht von der Eintragung von Nichtaktionären spricht.

Nimmt die AG mindestens auch aufgrund der nicht korrekt gemachten Meldung nach Art. 697i Abs. 1 OR in Bezug auf eine alte Inhaberaktie bzw., nach der Zwangsumwandlung, eine neue Namenaktie keine Eintragung im Aktienbuch vor, kann sich der Ansprecher bis 1.11.2024 an das zuständige Gericht wenden und die Eintragung seiner Berechtigung an der betroffenen Aktie im Aktienbuch im Gerichtsverfahren beantragen, allerdings nur, wenn die AG diesem Gesuch vorgängig zustimmt.¹³⁰ Es handelt sich dabei um ein vom Gesetzgeber nötigend und schikanös (– die Botschaft zum Global Forum-Gesetz spricht von «Anreiz»¹³¹ –) vorgesehene Verfahren, bei dem das Thema nicht das ist, was es sanktionie-

ren soll, nämlich die unterlassene Meldepflicht gemäss Art. 697i Abs. 1 OR, sondern das Aktieneigentum des Ansprechers. Allerdings muss der Ansprecher zur Einleitung des Gerichtsverfahrens natürlich seine Identität offenlegen. Das Gerichtsverfahren ist ein Anwendungsfall der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO,¹³² welches im summarischen Verfahren durchgeführt wird¹³³ und in dem der gemässigte Untersuchungsgrundsatz¹³⁴ gilt.¹³⁵ Bei der Zustimmung der AG handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung für das Gerichtsverfahren i.S.v. Art. 59 ZPO, die wie üblich¹³⁶ im Zeitpunkt der Urteilsfällung gegeben sein muss.¹³⁷ Daran ändert auch das etwas missverständliche Wort «vorgängig» in Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UeB nichts. Bei der Prüfung der AG, ob sie dem Gesuch zustimmt oder nicht, hat sie sich von ihrer allgemeinen Prüfungspflicht und ihrem allgemeinen Prüfungsrecht leiten zu lassen. Stimmt die AG zu, hat der Gesuchsteller im Gerichtsverfahren sein Aktieneigentum nachzuweisen¹³⁸ und das Gericht hat dieses zu prüfen. Dabei gelten die allgemeinen Regeln betreffend Nachweis des Aktieneigentums,¹³⁹ wobei der geltende gemässigte Untersuchungsgrundsatz keine Auswirkungen auf die Beweismittel (keine Beweismittelbeschränkung) und keine Auswirkungen auf das Beweismass (Regelbeweis der vollen Überzeugung) hat.¹⁴⁰ Stimmt die AG nicht zu, kann der Ansprecher mittels Leistungsklage gegen die AG auf Abgabe der Zustimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UeB¹⁴¹ oder, erneut mittels Leistungsklage, gleich

¹²⁷ S. III.

¹²⁸ S. III.

¹²⁹ Wohl a.M. SIF, Anleitung (Fn. 108), 6, mit der irrigen Meinung, eine von der AG wie ausgeführt nicht über die formelle Korrektheit hinaus zu überprüfende Meldung nach Art. 697i Abs. 1 OR sage irgendetwas Verlässliches über das Aktieneigentum im Zeitpunkt der Zwangsumwandlung aus, zumal es eine Korrekturmeldspflicht in Bezug auf Art. 697i Abs. 1 OR nur im Rahmen von Art. 697i Abs. 3 OR gibt (dazu z.B. Markus Vischer/Dario Galli, GAFI-Meldepflicht[en] beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs?, EF 2017, 508); gl.M. wie SIF, Anleitung Spoerle (Fn. 110), 347.

¹³⁰ Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UeB; dazu z.B. Vischer/Galli (Fn. 107), 1298 f.

¹³¹ Botschaft (Fn. 79), 325.

¹³² Botschaft (Fn. 79), 326.

¹³³ Art. 7 Abs. 2 Satz 1 UeB; Art. 248 lit. e ZPO.

¹³⁴ Art. 255 lit. b ZPO, dazu z.B. Stephan Mazan, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit.: BSK ZPO-Autor), Art. 255 N 5 ff.

¹³⁵ Z.B. Vischer/Galli (Fn. 107), 1298 f.; Gericke/Kuhn (Fn. 111), 1277 f.

¹³⁶ Z.B. BSK ZPO-Gehri (Fn. 134), Art. 59 N 3.

¹³⁷ Zur Anwendbarkeit der ZPO auf Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn wie hier mit Art. 7 UeB Bundesrecht die freiwillige Gerichtsbarkeit anordnet und die gerichtliche Behörde bezeichnet z.B. BSK ZPO-Vock/Nater (Fn. 134), Art. 1 N 6.

¹³⁸ Art. 7 Abs. 1 Satz 2 UeB.

¹³⁹ Gl.M. Botschaft (Fn. 79), 325, allerdings auch mit der irrigen Meinung, dass die Berechtigung an Aktien durch Vernichtung oder Verlust des Aktienzertifikats untergeht.

¹⁴⁰ Gericke/Kuhn (Fn. 111), 1277; im Allgemeinen z.B. BSK ZPO-Mazan (Fn. 134), Art. 248 N 14.

¹⁴¹ Vischer/Galli (Fn. 107), 1300; wohl auch SIF, Anleitung (Fn. 108), 8, und Botschaft (Fn. 79), 325.

auf Eintragung im Aktienbuch (und vorsichtshalber *eventualiter* auf Abgabe der Zustimmung gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UeB und *subeventualiter* auf Feststellung der Aktionärseligenschaft) klagen, weil ein positives Tun der AG verlangt wird, nämlich die Eintragung im Aktienbuch, auch wenn diese deklaratorisch ist.¹⁴² Dabei kommen erneut die allgemeinen Regeln betreffend Nachweis des Aktieneigentums zum Zuge. Heisst das Gericht das Gesuch gut, hat die AG den Gesuchsteller gemäss der Sondervorschrift von Art. 7 Abs. 3 Satz 1 UeB ohne weitere nötige oder mögliche Prüfungen aufgrund ihrer allgemeinen Prüfungspflicht und ihres allgemeinen Prüfungsrechts im Aktienbuch als Berechtigten an der betroffenen Aktie einzutragen. Das ist sinnvoll, hatte die AG doch im Vorfeld des Gesuchs und als Prozessvoraussetzung für das Gerichtsverfahren bereits die Gelegenheit, ihrer allgemeinen Prüfungspflicht nachzukommen und ihr allgemeines Prüfungsrecht auszuüben. Der gutheissende Entscheid erwächst als Entscheid der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in Rechtskraft,¹⁴³ weshalb die AG aufgrund ihrer allgemeinen Prüfungspflicht und ihrem allgemeinen Prüfungsrecht bei gegebenen Voraussetzungen auf die Eintragung im Aktienbuch zurückkommen kann.

Vorbehältlich eines pendenten Gesuchs oder, obwohl in Art. 8 Abs. 1 Satz 1 UeB nicht explizit erwähnt, einer pendenten Klage,¹⁴⁴ wird die betroffene Aktie am 2.11.2024 (0.00 Uhr) von Gesetzes wegen nichtig.¹⁴⁵ Weil die pendente Klage in Art. 8 Abs. 1 Satz 1 UeB nicht explizit genannt ist, tut der vorsichtige Ansprecher gut daran, bei pender Klage zusätzlich ein Gesuch i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UeB und die Sistierung des dadurch eingeleiteten Gerichtsverfahrens i.S.v. Art. 126 ZPO zu beantragen, wenn die AG noch nicht entschieden hat und der 2.11.2024 näher rückt.¹⁴⁶ Die Nichtigkeitsfolge tritt damit (am 2.11.2024) insbesondere auch ein, wenn ein Gesuch

i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Satz UeB oder eine Klage vor dem 2.11.2024 rechtskräftig abgewiesen wurde.¹⁴⁷

Wird das am 1.11.2024 pendente Gesuch oder die am 1.11.2024 pendente Klage nach dem 1.11.2024 rechtskräftig abgewiesen, tritt die Nichtigkeitsfolge gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 1 UeB mit dem Eintritt der Rechtskraft ein.¹⁴⁸

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 1 UeB tritt unabhängig davon ein, ob ein allfälliger Verifizierungsprozess der Berechtigung an den betroffenen Aktien aufgrund eines Gesuchs nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 UeB oder aufgrund einer Klage stattgefunden hat und ob der wirklich Berechtigte oder ein Nichtberechtigter in ihn involviert war oder nicht. Immerhin kann der wirklich Berechtigte bis 2.11.2024 unter Nachweis seines Aktieneigentums gegenüber der AG eine Entschädigung geltend machen.¹⁴⁹

Nichtigkeit in diesem Kontext ist entgegen dem missverständlichen Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 UeB nicht die Nichtigkeit der Aktie bzw. der alten Aktienausgabe unter gleichzeitiger Aktienneuausgabe, sondern «lediglich» eine Aberkennung der Berechtigung des bisherigen Aktieneigentümers an der Aktie und Zuerkennung dieser Berechtigung an die AG.¹⁵⁰ Die Nichtigkeit ist damit in Tat und Wahrheit eine Enteignung.¹⁵¹ Die AG hat diese Zwangsumteilung der Berechtigung entsprechend den allgemeinen Grundsätzen im Aktienbuch «*ex officio*» nachzuvollziehen.¹⁵²

Ein gutgläubiger Erwerb zwangsumgewandelter Aktien durch einen Dritten oder eine Leistung der AG an einen Nichtberechtigten an den zwangsumgewandelten Aktien mit befreiender Wirkung ist nach der Zwangsumwandlung am 1.5.2021 kaum mehr vorstellbar, zumal die Umwandlung nach Art. 4 Abs. 2 UeB wie ausgeführt im Handelsregister eingetragen wird.

¹⁴² Wohl gl.M. *Gericke/Kuhn* (Fn. 111), 1277; s.a. *Taucher* (Fn. 12), 91 f., und *CR CO II-Trigo Trindade* (Fn. 12), Art. 686 N 34, im Allgemeinen; s.a. IV und insbesondere der dort zitierte *BGE 76 II 51, E. 4*, im Allgemeinen; a.M. *Spoerlé* (Fn. 110), 348, welcher eine Feststellungsklage gegen die AG für zulässig hält.

¹⁴³ Z.B. *BSK ZPO-Mazan* (Fn. 134), Art. 248 N 14.

¹⁴⁴ Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 110), 348, bezüglich der von ihm für zulässig gehaltenen Feststellungsklage.

¹⁴⁵ Art. 8 Abs. 1 Satz 1 UeB; dazu z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1300 f.

¹⁴⁶ S.a. *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1299.

¹⁴⁷ Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 110), 349.

¹⁴⁸ *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1300 f.; *Spoerlé* (Fn. 110), 349.

¹⁴⁹ Art. 8 Abs. 2 Satz 1 UeB; dazu z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1301.

¹⁵⁰ *Vischer/Galli* (Fn. 107), 1301; s.a. *Gericke/Kuhn* (Fn. 111), 1278, Fn. 58, wonach keine Neuausgabe vorliegt.

¹⁵¹ *Gericke/Kuhn* (Fn. 111), 1278; *Glanzmann* (Fn. 119), 615, 620 f.

¹⁵² SIF, Anleitung (Fn. 108), 9; s. im Allgemeinen IV.

VI. Zusammenfassung und Ausblick auf das kommende «neue» Aktienrecht

Die Prüfung des Aktieneigentums ihrer Aktionäre durch die AG erfolgt im Spannungsfeld zwischen einer Prüfungspflicht und einem Prüfungsrecht. Zu dieser Prüfungspflicht und diesem Prüfungsrecht kommen «neue» weitergehende aktienrechtliche Prüfungspflichten, neuerdings vor allem im Zusammenhang mit dem Global Forum-Gesetz. Die neuen Vorschriften im Global Forum-Gesetz ändern aber im

Grundsatz nichts an der allgemeinen Prüfungspflicht und am allgemeinen Prüfungsrecht der AG in Bezug auf das Aktieneigentum ihrer Aktionäre.

Die geschilderte Rechtslage wird durch das wohl kommende «neue» Aktienrecht nach dem jetzigen Stand der Dinge nicht wesentlich geändert, bleiben doch die beiden eingangs erwähnten Schlüsselbestimmungen von Art. 689a Abs. 1 OR und Art. 689a Abs. 2 OR im neuen Art. 689a OR im Wesentlichen unverändert.¹⁵³

¹⁵³ Referendumsvorlage Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19.6.2020, BBl 2020, 5573, 5595.