# GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

## I. Einleitung

Am 1.7.2015 trat der erste Teil des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI vom 12.12.2014[1] in Kraft[2]. Dadurch wurden u.a. Art. 697i–697m OR ins OR eingefügt. Diese Bestimmungen sind von grösster Tragweite für praktisch alle Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz[3], haben aber bis heute relativ wenig Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit und in der Doktrin erfahren[4]. Art. 697i–697m OR gehen auf die GAFI-Empfehlung Nr. 24 zurück[5]. Die GAFI (Groupe d'action financière), auch bekannt unter dem englischen Akronym FATF (Financial Action Task Force), ist eine 1989 ins Leben gerufene intergouvernementale Organisation, welche sich der Bekämpfung der Geldwäscherei, der Terrorismusfinanzierung und anderer Bedrohungen des internationalen Finanzsystems verschrieben hat[6]. Die Schweiz ist ein Mitglied der GAFI[7].

***Aus den neuen Bestimmungen von Art. 697i–697m OR zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen ergibt sich eine Fülle begrifflicher Aspekte und konzeptioneller Fragen. Der Autor analysiert die Begriffe «Meldepflicht» und «Erwerb» von nicht kotierten Aktien und zeigt die Konsequenzen einer Meldepflichtverletzung und die Kontrollpflichten des Verwaltungsrats auf. Die Überprüfungs- und Nachforschungspflicht des Verwaltungsrats ist begrenzt, namentlich bei nicht korrekten Angaben des Erwerbers. Zi.***

***Les nouveaux art. 697i-697m CO, qui transposent les recommandations du GAFI, suscitent un certain nombre de questions terminologiques et conceptuelles. L'auteur analyse les notions d'«acquisition» d'une action non cotée et d'«obligation d'annoncer» cette acquisition. Il relève les conséquences d'une violation de l'obligation d'annoncer, ainsi que les obligations de contrôle du conseil d'administration. L'obligation de vérification et de recherche du conseil d'administration est toutefois limitée, notamment à contrôler les indications inexactes de l'acquéreur. P.P.***

[1] BBL *2014* 9689; zur Geschichte dieses Gesetzes, auch GAFI-Gesetz genannt, z.B. *Henry Peter/Tamara Erez,* Nuovi obblighi di annuncio e tenuta dell'elenco per le società anonime, NF *2015* 18.

[2] AS *2015* 1389, 1406.

[3] Zum örtlichen Anwendungsbereich z.B. *Peter/Erez* (Fn. 1) 18; zum sachlichen Anwendungsbereich z.B. *Peter/Erez* (Fn. 1) 20.

[4] S. auch *Peter/Erez* (Fn. 1) 15 f.

[5] *Philip Spoerlé,* Die Inhaberaktie, Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Zürich/St. Gallen 2015, N 693 ff., insb. N 711 ff.; zum Wortlaut der Gafi-Empfehlung Nr. 24 <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>, besucht am 9.1.2016; s. auch Interpretative Note to Recommendation 24 (Transparency and Beneficial Ownership): <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/fatf_recommendations.pdf>, besucht am 9.1.2016; zum Charakter der GAFI-Empfehlungen als «Soft Law» und der Problematik von «Soft Law» im Allgemeinen *Francesco Naef,* Soft Law und Gewaltenteilung, AJP *2015* 1109 ff.; s. auch *Myriam Senn,* Transnationalität im Recht als Herausforderung, ZSR *2015* 493 ff.

[6] S. <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/>, besucht am 9.1.2016; s. z.B. auch *Peter/Erez* (Fn. 1) 16 f.

[7] <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/#d.en.3147>, besucht am 9.1.2016.

Neben der GAFI-Empfehlung Nr. 24 sind auch Empfehlungen des Global Forum[8] in Art. 697i–697m OR eingeflossen[9]. Die Schweiz ist ein Mitglied des Global Forum[10]. Art. 697m Abs. 4 OR lautet wie folgt:

[4] *«Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben.»*

Es stellt sich die Frage nach der Tragweite und Bedeutung dieser Bestimmung.

## II. In Art. 697m Abs. 4 OR angesprochene Meldepflichten

Mit dem Begriff «Meldepflichten» in Art. 697m Abs. 4 OR sind die Meldepflichten des Erwerbers von Inhaberaktien gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und die Meldepflichten des Erwerbers von Inhaber- und/oder Namenaktien gemäss Art. 697j Abs. 2 OR angesprochen[11]. Nicht angesprochen sind die Pflichten des Erwerbers von Inhaberaktien gemäss Art. 697i Abs. 2 OR bezüglich Besitznachweis und Identifikation und die Korrektur- bzw. Änderungsmeldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 3 OR bezüglich Änderung von Vor- oder Nachname bzw. Firma oder Adresse und gemäss Art. 697j Abs. 2 OR bezüglich Änderung von Vor- oder Nachname oder Adresse. Das ergibt sich aus Art. 697m Abs. 4 OR i.V.m. Art. 697m Abs. 1 OR, wo nur die Meldepflichten im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien erwähnt werden[12].

## III. Umschreibung der Meldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR

Gemäss Art. 697i Abs. 1 OR muss der Erwerber einer Inhaberaktie den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen oder seine Firma innert Monatsfrist der Gesellschaft melden.

Gemäss Art. 697j Abs. 1 OR muss der Erwerber von Inhaber- und/oder Namenaktien bei Erreichen oder Überschreiten eines Schwellenwerts von 25 % des Aktienkapitals oder 25 % der Stimmen den Vor- und Nachnamen und die Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person innert Monatsfrist der Gesellschaft melden. Bei einem Erwerb in gemeinsamer Absprache müssen die Erwerber diese Meldung vornehmen. Der bzw. die Erwerber müssen aber auch den Erwerb melden[13].

Die Meldepflichten greifen nur beim Erwerb von Aktien an Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, und beim Erwerb von nicht als Bucheffekten ausgestalteten Aktien[14]. Die Generalversammlung kann bei Inhaberaktien nach Art. 697k Abs. 1 OR vorsehen, dass die Meldungen nicht der Gesellschaft, sondern einem Finanzintermediär im Sinne des GwG zu erstatten sind[15]. Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR, ja überhaupt Art. 697i–697m OR, sind von der Konzeption und vom Wortlaut her weitgehend missglückte Bestimmungen und werfen eine

[8] S. <http://www.oecd.org/tax/transparency/abouttheglobalforum.htm>, besucht am 9.1.2016.

[9] *Spoerlé* (Fn. 5) N 698, 721 ff.; *Dieter Gericke/Daniel Kuhn,* Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP *2015* 852 f.; *Therese Amstutz,* Neue Pflichten für Anteilseigner und Gesellschaften im Zuge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, 7.4.2015, <http://www.kpmg.com/CH/de/Library/Articles-Publications/opportunities-and-risks/Documents/ch-pub-20150904-chancen-risiken-neue-pflichten-anteilseigner-de.pdf>, besucht am 9.1.2016, 2; s. z.B. Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13.12.2013, BBl *2014* 611, 616, 639.

[10] <http://www.oecd.org/tax/transparency/membersoftheglobalforum.htm>, besucht am 9.1.2016; s. z.B. auch *Peter/Erez* (Fn. 1) 16 f.

[11] *Peter/Erez* (Fn. 1) 31, und *Spoerlé* (Fn. 5) N 1039; a.M. *Lukas Glanzmann,* Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, <http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Switzerland/ar_emea_NeueTransparenzvorschriften_jul15.pdf>, besucht am 9.1.2016, 33, wonach nur die Meldepflichten des Erwerbers von Inhaberaktien gemäss Art. 697i Abs. 1 OR angesprochen sind.

[12] *Nicolas Facincani/Reto Sutter,* Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, TREX *2015* 219; *Markus Vischer,* Erste Antworten zu von Art. 697i–697m OR und Art. 1–3 UeB betreffend Transparenz von Aktiengesellschaften aufgeworfenen Fragen, Newsletter Special Edition Walder Wyss AG, <https://www.walderwyss.com/publications/1635.pdf>, besucht am 9.1.2016, VII.3.B; gl.M. *Peter/Erez* (Fn. 1) 31 f.; *Glanzmann* (Fn. 11) 33, und *Spoerlé* (Fn. 5) N 798, 1041 f., bezüglich Korrektur- bzw. Änderungsmeldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 3 OR und Art. 697j Abs. 2 OR; gl.M. *Peter Lutz/Martin Kern,* Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, SJZ *2015* 308, bezüglich Pflichten gemäss Art. 697i Abs. 2 OR; a.M. *Lutz/Kern* (Fn. 12) 308, wohl auch *Amstutz* (Fn. 9) 9, und Botschaft (Fn. 9) 662, bezüglich Korrektur- bzw. Änderungsmeldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 3 OR und Art. 697j Abs. 2 OR.

[13] *Vischer* (Fn. 12) IV.3.D.

[14] Art. 697i Abs. 1 und 4 OR, Art. 697j Abs. 1 und 3 OR.

[15] Zur Streitfrage, ob die Generalversammlung auch bei Namenaktien vorsehen kann, dass die Meldungen nicht der Gesellschaft, sondern einem Finanzintermediär im Sinne des GwG zu erstatten sind, z.B. befürwortend *Glanzmann* (Fn. 12), 30 f.; *Vischer* (Fn. 12) V.3.H; *Lukas Glanzmann/Philip Spoerlé,* Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?, GesKR *2014* 13, 20; ablehnend Botschaft (Fn. 9) 660, wobei dies mit Art. 685b (Abs. 3) OR begründet wird. Dabei wird übersehen, dass Art. 685b OR nur bei vinkulierten Namenaktien und damit nicht bei allen Namenaktien Anwendung findet, und dass die Regelungsbereiche von Art. 684 ff. OR und Art. 697j OR nichts miteinander zu tun haben und nicht vermischt werden dürfen; s. auch VII.E.

Fülle von konzeptionellen und begrifflichen Fragen auf[16], auf die zum heutigen Zeitpunkt nur provisorische Antworten gegeben werden können, z.B. in Bezug auf Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR:

- Was ist ein Erwerb von Aktien? Nur ein derivativer Erwerb oder auch originärer Erwerb? Auch die Einräumung beschränkt dinglicher Rechte?
- Ist bezüglich Erwerb auf das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft abzustellen bzw. ab wann läuft die Meldefrist?
- Was ist ein Erwerb in gemeinsamer Absprache?
- Wie ist der Schwellenwert von 25% zu berechnen?
- Wer ist wirtschaftlich berechtigte Person?
- Ist bei der Meldung nach Art. 697j Abs. 1 OR wie bei der Meldung nach Art. 697i Abs. 1 OR auch der Erwerb zu melden?
- Sind neben den in Art. 697i Abs. 1 OR bzw. Art. 697j Abs. 1 OR erwähnten Tatsachen noch andere Tatsachen zu melden, wie z.B. die Nummern und die Anzahl der erworbenen Aktien?
- Wie sind die Beschränkungen der Meldepflicht auf Aktien an Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, und auf nicht als Bucheffekten ausgestaltete Aktien zu verstehen?
- Gibt es weitere Ausnahmen von den Meldepflichten?
- In welcher Form ist die Meldepflicht zu erfüllen?
- Erfasst die Meldepflicht auch Inhaber- und Namenpartizipationsscheine, Inhaber- und Namengenussscheine und andere Papiere?
- Kann die Generalversammlung auch bei Namenaktien vorsehen, dass die Meldung nicht der Gesellschaft, sondern einem Finanzintermediär im Sinne des GwG zu erstatten ist?
- Gelten Art. 697i OR und Art. 697j OR auch für andere «Papiere» als Aktien[17]?

## IV. Verletzung der Meldepflichten im Sinne von Art. 697m Abs. 4 OR

Die Marginalie von Art. 697m OR spricht von «Nichteinhaltung der Meldepflichten», während Art. 697m Abs. 1–3 OR jeweils, substantivisch ausgedrückt, von «Nichtnachkommen» der Meldepflichten sprechen. Es ist davon auszugehen, dass diese Begriffe und der Begriff der «Verletzung» in Art. 697m Abs. 4 OR identisch sind.

Verletzt werden die Meldepflichten, wenn die Meldepflichten von den meldepflichtigen Erwerbern formell nicht mit dem vorgeschriebenen Inhalt und innert der vorgeschriebenen Frist vorgenommen werden[18]. Dass der vorgeschriebene Inhalt und die vorgeschriebene Frist angesichts der erwähnten Fülle von Unklarheiten mindestens zurzeit schwer zu bestimmen ist, wurde bereits ausgeführt. Verletzt werden die Meldepflichten auch, wenn sie formell zwar mit dem vorgeschriebenen Inhalt und innert der vorgeschriebenen Frist vorgenommen werden, materiell aber inkorrekt sind, also der Erwerber z.B. eine falsche Adresse oder eine falsche wirtschaftlich berechtigte Person angibt. Eine Mahnung oder eine andere Handlung der Gesellschaft ist nicht Tatbestandsvoraussetzung[19]. Ob ein Verschulden des Meldepflichtigen Tatbestandsvoraussetzung ist, ist umstritten[20].

[16] *Peter/Erez* (Fn. 1) 34.

[17] Zum Ganzen z.B. *Peter/Erez* (Fn. 1) 18 ff.; *Spoerlé* (Fn. 5) N 724 ff., 837 ff., 1116 ff.; *Vischer* (Fn. 12) II–V; zum Schlüsselbegriff der wirtschaftlich berechtigten Person in Art. 697j Abs. 1 OR z.B. *Philippe Jacquemoud/Benjamin Vignieu,* Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommendations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, GesKR *2015* 541 ff.; *Philip Spoerlé,* Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, EF *2015* 737, 739; *Spoerlé* (Fn. 5) N 902 ff.; *Sabine Kilgus/Paolo Losinger,* Das revidierte Geldwäschereigesetz ab 1. Januar 2016, TREX *2015* 280 ff.; *Facincani/Sutter* (Fn. 12) 217 f.; *Vischer* (Fn. 12) IV.3.E, auch mit von *Peter/Erez* (Fn. 1) 34 f., übernommenen Beispielen*; Michael Kunz,* Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, Die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, Jusletter 23.2.2015, N 31 ff., alle z.T. auch zum (unklaren) Verhältnis des Begriffs der wirtschaftlich berechtigten Person in Art. 697j Abs. 1 OR und dem Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person im GwG und den Begriffen der wirtschaftlich berechtigten Person und des Kontrollinhabers in der GwV-FINMA und in der VSB 16.

[18] Gl.M. an sich *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 17, auch wenn sie anschliessend die Rechtsfolge des Ruhens nicht an die Verletzung der Meldepflichten knüpfen, sondern an den Erwerb; s. dazu V.

[19] A.M. *Gericke/Kuhn* (Fn. 9) 862: «… tritt die Verwirkungsfolge … nicht von Gesetzes wegen ein, sondern ist von der Gesellschaft anzuordnen»; *Kunz* (Fn. 17) N 28: «Um die Meldepflicht durchzusetzen, können Gesellschaften die Mitgliedschaftsrechte …. aussetzen …»; offengelassen von *Peter/Erez* (Fn. 1) 32.

[20] Contra: *Vischer* (Fn. 12) VII.3.E.; BSK BEHG-*Weber,* Art. 20 N 213 für die Meldungen nach Art. 20 BEHG (bzw. neu Art. 120 FinfraG); pro: *Gericke/Kuhn* (Fn. 9) 862; *Lutz/Kern* (Fn. 12) 306, die bezüglich Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697i Abs. 1 OR nur eine «infolge unsorgfältiger Abklärung gemachte falsche Meldung» sanktioniert haben wollen, was insofern Sinn macht, als die Stellung des Meldepflichtigen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR der Stellung des Finanzintermediärs im GwG entspricht (*Kunz,* Fn. 17, N 32), welcher nach Art. 4 Abs. 1 GwG die wirtschaftlich berechtigte Person nur «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt feststellen» muss; für eine analoge Anwendung von Art. 4 Abs. 1 GwG auf den Meldepflichtigen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR z.B. *Vischer* (Fn. 12) IV.3.E; s. auch VII.D.

## V. Folgen der Verletzung der Meldepflichten gemäss Art. 697m Abs. 1–3 OR

Art. 697m Abs. 1 OR spricht, substantivisch ausgedrückt, von «Ruhen» der Mitgliedschaftsrechte[21], während Art. 697m Abs. 2 OR, substantivisch ausgedrückt, von der Nicht-Möglichkeit der «Geltendmachung» der Vermögensrechte[22] spricht. Es ist wie in Bezug auf den Begriff der Nichteinhaltung, des Nichtnachkommens und der Verletzung[23] davon auszugehen, dass der Begriff der Nicht-Möglichkeit der «Geltendmachung» und der Begriff des «Ruhens» identisch sind[24]. Art. 697m Abs. 1 OR und Art. 697m Abs. 2 OR knüpfen bezüglich Rechtsfolge des Ruhens an die Verletzung der Meldepflicht (=, wie gezeigt, Nichtnachkommen der Meldepflicht) an. Nachdem die Meldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR innert eines Monats nach dem Erwerb zu erfüllen sind, tritt die Rechtsfolge des Ruhens bei einer Nichtmeldung oder einer inkorrekten Meldung demnach einen Monat nach dem Erwerb und nicht bereits mit dem Erwerb ein[25]. Art. 697m Abs. 3 OR sieht unter Umständen für Vermögensrechte anders als bei den Mitgliedschaftsrechten nicht nur ein Ruhen, sondern bei einer Nichtmeldung oder nicht korrekten Meldung sogar eine Verwirkung der Vermögensrechte vor[26]. Auch Art. 697m Abs. 3 OR knüpft bezüglich der Rechtsfolge der Verwirkung an die Verletzung der Meldepflicht an. Würde man diese Bestimmung wörtlich nehmen, wäre Art. 697m Abs. 2 OR obsolet, weil alsdann sowohl die Rechtsfolge des Ruhens gemäss Art. 697m Abs. 2 OR als auch die Rechtsfolge der Verwirkung nach Art. 697m Abs. 3 OR bei einer Nichtmeldung oder nicht korrekten Meldung einen Monat nach dem Erwerb eintreten würden. Der Widerspruch zwischen Art. 697m Abs. 2 OR und Art. 697m Abs. 3 OR kann so gelöst werden, dass man die Rechtsfolge der Verwirkung gemäss Art. 697m Abs. 3 OR erst zwei Monate nach dem Erwerb eintreten lässt, also die Monatsfrist von Art. 697m Abs. 3 OR nicht ab dem Erwerb, sondern ab Ablauf der Monatsfrist gemäss Art. 697i Abs. 1 OR bzw. Art. 697j Abs. 1 OR bzw. Art. 697m Abs. 2 OR laufen lässt[27]. Der Widerspruch kann aber auch so gelöst werden, dass man die Sechsmonatefrist von Art. 3 Abs. 2 UeB nimmt und die Rechtsfolge der Verwirkung gemäss Art. 697m Abs. 3 OR sechs Monate nach dem Erwerb eintreten lässt. Art. 697m Abs. 3 OR enthält dann eine ‹grace period› von fünf Monaten, während der die Vermögensrechte zwar ruhen, aber nicht verwirken[28].

Die Verwirkung betrifft die seit dem Zeitpunkt des Ruhens entstanden Vermögensrechte[29]. Die Rechtsfolge des Ruhens und die Rechtsfolge der Verwirkung treten nur bezüglich der Aktien ein, bezüglich deren die Meldepflichten verletzt wurden, und nicht bezüglich sämtlicher Aktien des betreffenden Aktionärs[30]. Sie dauert nur so lange an, als der betreffende Aktionär die betreffenden Aktien hält[31].

## VI. Allgemeine Pflichten des Verwaltungsrat bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten

Bei verbrieften Inhaberaktien sind die Aktionärsrechte nach den allgemeinen Grundsätzen des Wertpapierrechts geltend zu machen. Der Inhaberaktionär muss seine Legitimation durch Papiervorlage nachweisen. Die Legitimation muss bei jeder Ausübung von Aktionärsrechten nach-

[21] Zum (unklaren) Begriff der Mitgliedschaftsrechte z.B. *Spoerlé* (Fn. 5) N 1043 ff.

[22] Zum (unklaren) Begriff der Vermögensrechte z.B. *Spoerlé* (Fn. 5) N 1058 ff.

[23] S. IV.

[24] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.D; s. auch *Spoerlé* (Fn. 5) N 1043 ff., der statt des Begriffs des Ruhens bei den Mitgliedschaftsrechten den Begriff der Suspendierung und bei den Vermögensrechten den Begriff der Sistierung verwendet.

[25] *Peter/Erez* (Fn. 1) 32; *Vischer* (Fn. 12) VII.3.E; *Gericke/Kuhn* (Fn. 9) 861, s. allerdings, dazu im Widerspruch stehend, auch 862, wo davon gesprochen wird, dass ohne Meldung nur «nudum ius» erworben werden kann; a.M. *Rolf Sethe/Carlo Egle,* Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ *2015* 523; *Spoerlé* (Fn. 5) N 1040; *Lutz/Kern* (Fn. 12) 308; *Amstutz* (Fn. 9) 8; *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 17.

[26] Zum Begriff der Verwirkung z.B. *Spoerlé* (Fn. 5) N 1063 f.; zur Kritik dieser Rechtsfolge, v.a. auch im Lichte von Art. 20 Abs. 4$^{bis}$ BEHG (bzw. neu Art. 144 lit. a FinfraG), z.B. *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 18 f.

[27] So wohl *Peter/Erez* (Fn. 1) 32.

[28] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.G; a.M. *Spoerlé* (Fn. 5) N 1040, und *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 17, welche den Befund eines Widerspruchs zwischen Art. 697m Abs. 2 OR und Art. 697m Abs. 3 OR teilen, die Lösung des Widerspruchs aber in einem Vorverlegen der Rechtsfolge des Ruhens auf den Erwerb sehen, und nicht, wie hier postuliert, in einer Nachverlegung der Rechtsfolge der Verwirkung auf den Ablauf von zwei bzw. sechs Monaten nach dem Erwerb sehen.

[29] Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 5) 1061, *Lutz/Kern* (Fn. 12) 308, und *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 17, die allerdings, wie ausgeführt, den Zeitpunkt des Ruhens und den Zeitpunkts des Erwerbs gleichsetzen.

[30] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.D und F; gl.M. BSK BEHG-*Weber,* Art. 20 N 216, für die Meldungen nach Art. 20 BEHG (bzw. neu Art. 120 FinfraG); a.M. *Peter/Erez* (Fn. 1) 32; *Glanzmann* (Fn. 12) 35; *Spoerlé* (Fn. 5) N 1054 und 1075, für die Meldungen nach Art. 697i Abs. 1 OR.

[31] BSK BEHG-*Weber,* Art. 20 N 217 für die Meldungen nach Art. 20 BEHG (bzw. neu Art. 120 FinfraG).

gewiesen werden[32]. Der Verwaltungsrat hat im Grundsatz (d.h. vorbehältlich anderen Wissens bzw. Wissen-Müssens bei Anwendung von elementarsten Sorgfaltsregeln[33]) gemäss Art. 689a Abs. 2 OR, Art. 966 OR und Art. 978 Abs. 1 OR weder das Recht noch die Pflicht, weitere Nachweise für die Rechtszuständigkeit des Inhaberaktionärs zu verlangen[34]. Er kann allerdings statt der Papiervorlage eine andere Art des Besitzesausweises anordnen[35]. Analoges gilt bei unverbrieften Inhaberaktien[36].

Die Prüfung der Legitimation durch den Verwaltungsrat setzt keine Prüfung der Identität des Inhaberaktionärs durch den Verwaltungsrat voraus. Vielmehr kann der Inhaberaktionär ausser bei der Ausübung gewisser Rechte wie z.B. des Anfechtungsrechts gemäss Art. 706 OR gegenüber der Gesellschaft anonym bleiben, wenn er dies wünscht. Der Verwaltungsrat hat entsprechend (aufgrund der allgemeinen Bestimmungen) im Grundsatz kein Recht und keine Pflicht zur Prüfung der Identität der Inhaberaktionäre[37].

Bei verbrieften Namenaktien sind die Aktionärsrechte ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen des Wertpapierrechts geltend zu machen. Der Namenaktionär muss seine Legitimation durch Papiervorlage nachweisen, wobei die Legitimation neben dem Besitz am Papier eine lückenlose Indossamentenkette voraussetzt. Der Verwaltungsrat hat im Grundsatz (d.h. vorbehältlich anderen Wissens bzw. Wissen-Müssens bei Anwendung von elementarsten Sorgfaltsregeln[38]) gemäss Art. 684 Abs. 2 OR, Art. 966 OR und Art. 1145 OR weder das Recht noch die Pflicht, weitere Nachweise für seine Rechtszuständigkeit zu verlangen[39]. Der Nachweis der Legitimation muss im Unterschied zur Situation bei Inhaberaktien im Grundsatz nur einmal erfolgen, nämlich dann, wenn der Namenaktionär gemäss Art. 686 Abs. 2 OR seine Eintragung ins Aktienbuch verlangt. Sobald er im Aktienbuch eingetragen ist, ist er gemäss Art. 686 Abs. 4 OR bzw. Art. 689a Abs. 1 OR im Grundsatz durch das Aktienbuch legitimiert[40]. Die Papiervorlage und weitere Nachweise dürfen vom Verwaltungsrat alsdann im Grundsatz (d.h. vorbehältlich anderen Wissens bzw. Wissen-Müssens bei Anwendung von elementarsten Sorgfaltsregeln[41]) nicht mehr verlangt werden[42]. Analoges gilt bei unverbrieften Namenaktien[43].

Eine Ausnahme von der Anerkennung des einmal eingetragenen Aktionärs mit all seinen Aktionärsrechten bzw. die Möglichkeit einer Streichung dieses Aktionärs im Aktienbuch besteht gemäss Art. 686a OR nur, wenn die Eintragung durch falsche Angaben des Erwerbers zustande gekommen ist. Nach der Eintragung erfolgende Änderungen, insbesondere ein Wegfall der Eintragungsvoraussetzungen, sind irrelevant und berechtigen vorbehältlich des Spezialfalls der Kaduzierung gemäss Art. 681 OR und Art. 682 OR nicht zur Nichtanerkennung bzw. Streichung[44].

Die Prüfung der Legitimation durch den Verwaltungsrat setzt eine Prüfung der Identität des Namenaktionärs durch den Verwaltungsrat bei Eintragung des Namenaktionärs im Aktienbuch voraus[45]. Der Verwaltungsrat muss die Identität eines Namenaktionärs nicht nur bei der Eintragung im Aktienbuch, sondern bei jeder Geltendmachung von Aktionärsrechten prüfen, ansonsten er nicht beurteilen kann, ob die im Aktienbuch eingetragene Person Rechte ausübt oder nicht.

---

32 *Arthur Hayoz/Hans Caspar von der Crone,* Wertpapierrecht, 2. A., Bern 2000, § 19 N 15.

33 BGE 123 IV 132, E. 4d.

34 BGE 123 IV 132, E. 4d; BGE 112 II 356, E. 7; BGE 109 II 239, E. 2; *Spoerlé* (Fn. 5) N 1023; BSK OR II-*Schaad,* Art. 689a N 15; BSK Wertpapierrecht-*Furter,* Art. 978 OR N 5 f.

35 Art. 689a Abs. 2 OR.

36 Zur Zulässigkeit von unverbrieften Inhaberaktien als «unverkörperte» Inhaberaktien z.B. *Spoerlé* (Fn. 5) N 87 ff., 187 ff.; *Markus Vischer,* Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, Mergers & Acquisitions XIII, Rudolf Tschäni (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2010, 147 ff.

37 Zum Ganzen *Matthias Leuenberger,* Die Anonymität des Inhaberaktionärs, Bern 1996, 54 ff., s. auch *Spoerlé* (Fn. 5) N 31; *Roland Müller/Lorenz Lips/Adrian Plüss,* Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 487; BSK OR II-*Schaad,* Art. 689a N 15; *Peter Forstmoser,* OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Hrsg.), Zürich 1994, 86 f.

38 BGE 123 IV 132, E. 4d.

39 *Spoerlé* (Fn. 5) N 1023; BSK Wertpapierrecht-*Christen/Hauck,* Art. 1145 OR N 8; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 N 324; *Ulrich Benz,* Aktienbuch und Aktionärswechsel, Zürich 1981, 60 ff., 70 ff.

40 *Spoerlé* (Fn. 5) N 31; *Böckli* (Fn. 39) § 6 N 320, 325; *Benz* (Fn. 39) 115 ff.; Handelsgericht, Urteil vom 26.8.2009 (ZH), ZR 2009, 313 f.

41 BGE 123 IV 132, E. 4d.

42 *Hayoz/von der Crone* (Fn. 32) § 19 N 18.

43 Seien es «unverkörperte» Namenaktien oder Wertrechte.

44 *Böckli* (Fn. 39) § 6 N 327 ff.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 54; s. auch BGE 117 II 290, E. 6b aa; Handelsgericht, Urteil vom 26.8.2009 (ZH), ZR 2009, 313 f.

45 *Spoerlé* (Fn. 5) N 31; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser,* Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 16 N 141.

## VII. Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten

### A. Pflicht bei Inhaberaktien zur Prüfung, ob die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR gemacht wurden

Bei Inhaberaktien, die gestützt auf die Rechte geltend gemacht werden, hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR die Pflicht zur Prüfung, ob die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR gemacht wurden[46].

### B. Pflicht bei Inhaber- und Namenaktien zur Überprüfung der formellen Korrektheit der gemachten Meldungen

Bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch Namen- oder Inhaberaktionäre hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 697 Abs. 4 OR die Pflicht, die gemachten Meldungen auf ihre formelle Korrektheit zu überprüfen.

Der Verwaltungsrat muss demnach bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch einen *Inhaberaktionär* Folgendes überprüfen[47]:

- das Vorliegen einer Meldung des Erwerbs der betroffenen Inhaberaktie[48];
- das Vorliegen einer Meldung einer Person als Erwerber dieser Inhaberaktie mit einem Vor- und Nachnamen bzw. einer Firma und einer Adresse;
- die Rechtzeitigkeit der Meldung in Bezug auf den gemeldeten Erwerbszeitpunkt;
- das Vorliegen einer Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR.

Wenn die Gesellschaft von der Möglichkeit gemäss Art. 697k OR Gebrauch machte, muss der Verwaltungsrat lediglich das Vorliegen einer Meldung des Erwerbs der betroffenen Inhaberaktie überprüfen.

Wenn eine Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR vorliegt, bezieht sich die Prüfung auf:

- das Vorliegen einer Meldung eines Erwerbs mit u.a. der betroffenen Inhaberaktie zu oder über dem Schwellenwert;
- das Vorliegen einer Meldung einer natürlichen Person als wirtschaftlich berechtigte Person u.a. dieser Inhaberaktie mit einem Vor- und Nachnamen und einer Adresse;
- die Rechtzeitigkeit der Meldung in Bezug auf den gemeldeten Erwerbszeitpunkt.

Wenn die Gesellschaft von der Möglichkeit gemäss Art. 697k OR Gebrauch machte, muss der Verwaltungsrat lediglich das Vorliegen einer Meldung eines Erwerbs mit u.a. der betroffenen Inhaberaktie zu oder über dem Schwellenwert überprüfen.

Bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch einen *Namenaktionär* muss der Verwaltungsrat überprüfen[49], ob eine Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR vorliegt[50]. Ist dies der Fall, hat der Verwaltungsrat weiter zu prüfen, ob:

- eine Meldung eines Erwerbs mit u.a. der betroffenen Namenaktie zu oder über dem Schwellenwert vorliegt;
- eine Meldung einer natürlichen Person als wirtschaftlich berechtigte Person u.a. dieser Namenaktie mit einem Vor- und Nachnamen und einer Adresse vorliegt;
- die Meldung in Bezug auf den gemeldeten Erwerbszeitpunkt rechtzeitig erfolgt ist.

Zeitlich sind die Pflichten zur Überprüfung der Meldungen auf ihre formelle Korrektheit bei Eingang der Meldungen auszuüben, also *bevor* die darin enthaltenen Informationen in die Verzeichnisse über die gemeldeten Inhaberaktionäre und über die gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Art. 697l OR übernommen werden. Nachher beschränken sich die Pflichten auf die Konsultation der Verzeichnisse. Sie sind jeweils bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch den Namen- oder Inhaberaktionär wahrzunehmen, also z.B. bei Teilnahme an einer Generalversammlung. Bei Inhaber- und Namenaktien setzen die bei Eingang der Meldungen auszuübenden Pflichten eine Prüfung der Identität (= Identifizierung) des meldepflichtigen Inhaber- bzw. Namenaktionärs durch den Verwaltungsrat voraus, es sei denn, die Gesellschaft habe von der Möglichkeit gemäss Art. 697k OR Gebrauch gemacht[51].

Bei Inhaberaktien ist diese Identitätsprüfung (und insbesondere ihr Inhalt) in Art. 697i Abs. 2 OR vorgesehen[52]. Es ist eine einmalige Prüfung. Sie besteht also nicht bei jeder Geltendmachung von Aktionärsrechten durch den Inhaberaktionär. Bei Namenaktien ergibt sich diese Identi-

[46] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I.
[47] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I.
[48] S. bereits VII.A.
[49] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I.
[50] S. *Spoerlé* (Fn. 5) N 1101.
[51] Zur Streitfrage, ob die Generalversammlung auch bei Namenaktien vorsehen kann, dass die Meldungen nicht der Gesellschaft, sondern einem Finanzintermediär im Sinne des GwG zu erstatten sind, bereits III, insbesondere Fn. 15.
[52] Dazu z.B. *Spoerlé* (Fn. 5) N 785 ff.; *Vischer* (Fn. 12) III.3.F.

tätsprüfung aus den allgemeinen Grundsätzen. Sie ist nach den allgemeinen Grundsätzen nicht einmalig. Sie besteht also bei jeder Geltendmachung von Aktionärsrechten durch den Namenaktionär.

Der Verwaltungsrat muss entsprechend bei der Überprüfung der formellen Korrektheit der gemachten Meldungen auch überprüfen, ob sich die Resultate der Identitätsprüfung mit den gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR verlangten Meldeinhalten decken[53].

### C. Pflichten bei Nichtmeldungen oder formell inkorrekten Meldungen bei Inhaberaktien gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und bei formell inkorrekten Meldungen bei Inhaber- und Namenaktien gemäss Art. 697j Abs. 1 OR

Stellt der Verwaltungsrat bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch einen Inhaberaktionär fest, dass in Bezug auf die betroffenen Inhaberaktien keine Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR vorliegen oder dass sie formell inkorrekt sind, oder stellt er bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch einen Namen- oder Inhaberaktionär fest, dass in Bezug auf die betroffenen Aktien die Meldungen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR formell inkorrekt sind, hat er gemäss Art. 697m Abs. 4 OR die Pflicht, Art. 697m Abs. 1–3 OR[54] zum Durchbruch zu verhelfen. So darf er z.B. einen Inhaberaktionär nicht zur Generalversammlung zulassen, wenn keine Meldungen in Bezug auf die betroffenen Inhaberaktien gemäss Art. 697i Abs. 1 OR vorliegen, oder wenn zwar Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR vorliegen, diese aber keine Vornamen und Nachnamen, keine Firma oder keine Adresse des Inhaberaktionärs enthalten[55]. Oder er muss eine bereits an einen Inhaber- oder Namenaktionär ausbezahlte Dividende zurückfordern, wenn er aufgrund einer Meldung feststellt, dass aufgrund des gemäss Art. 697j Abs. 1 OR gemeldeten Erwerbszeitpunkts das Recht auf Dividende im Zeitpunkt der Entstehung des Dividendenanspruchs gemäss Art. 697m Abs. 3 OR verwirkt war[56].

### D. Keine Pflicht zur Überprüfung der materiellen Korrektheit der gemachten Meldungen

Zweifelhafter ist dagegen, ob der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR die Pflicht hat, gemachte Meldungen auf ihre materielle Korrektheit, auf ihre Wahrheit, zu überprüfen.

Gegen eine solche Pflicht spricht Art. 697k Abs. 3 OR. Gemäss dieser Bestimmung meldet der Finanzintermediär der Gesellschaft, für welche Aktien[57] die vorgeschriebenen Meldungen erstattet (und, bei Inhaberaktien, der Besitz nachgewiesen) wurden. Daraus ist zu schliessen, dass für die Gesellschaft und damit auch für ihren Verwaltungsrat nur wesentlich sein muss, ob die Meldungen erstattet wurden, und nicht auch, ob sie materiell korrekt sind.

Gegen eine solche Pflicht spricht auch Art. 697l Abs. 1 OR, wonach die Gesellschaft ein Verzeichnis über die «*gemeldeten* [Hervorhebung hier] wirtschaftlich berechtigten Personen» zu führen hat. Sie und damit auch ihr Verwaltungsrat haben entsprechend kein Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen zu führen, müssen also nicht überprüfen, ob die Meldungen wahr sind. Das gilt auch für das Verzeichnis über die Inhaberaktionäre, auch wenn hier Art. 697l Abs. 1 OR zu Unrecht nicht von einem «Verzeichnis über die gemeldeten Inhaberaktionäre», sondern eben nur von einem «Verzeichnis über die Inhaberaktionäre» spricht[58].

Gegen eine solche Pflicht spricht auch das weitgehende Fehlen von Korrektur- bzw. Änderungsmeldepflichten. Solche bestehen nur in Bezug auf Änderungen des Vor- oder Nachnamens bzw. der Firma oder der Adresse des Inhaberaktionärs gemäss Art. 697i Abs. 3 OR und in Bezug auf Änderungen des Vor- oder Nachnamens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j Abs. 2 OR. Sie bestehen dagegen nicht in Bezug auf andere Änderungen, z.B. bei Verlust der Aktionärsstellung oder bei Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j Abs. 1 OR[59]. Damit nimmt der Gesetzgeber in

[53] *Spoerlé* (Fn. 5) N 1023.

[54] S. dazu V.

[55] S. auch *Spoerlé* (Fn. 5) N 1101.

[56] S. auch *Spoerlé* (Fn. 5) N 1100.

[57] Zur Streitfrage, ob die Generalversammlung auch bei Namenaktien vorsehen kann, dass die Meldungen nicht der Gesellschaft, sondern einem Finanzintermediär im Sinne des GwG zu erstatten sind, bereits III, insbesondere Fn. 15.

[58] *Vischer* (Fn. 12) VI.3.B und VII.3.I; wohl auch *Peter/Erez* (Fn. 1) 28 f, 34.

[59] *Vischer* (Fn. 12) III.3.I und J, IV.3.H; gl.M. *Glanzmann* (Fn. 12) 10, bei Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person; a.M. *Sethe/Egle* (Fn. 25) 523, und *Spoerlé* (Fn. 5) N 935, bei Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person.

Kauf, dass die ursprünglichen Meldungen bei Veränderung der Verhältnisse unwahr werden, was zeigt, dass die materielle Korrektheit der Meldungen nicht oberste Priorität des Gesetzgebers ist und ihre Sicherstellung deshalb nicht eine Pflicht des Verwaltungsrats sein kann[60].

Der Gesetzgeber nimmt sogar in Kauf, dass die ursprünglichen Meldungen unwahr sind, gerade was die wirtschaftlich berechtigte Person bei der Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR angeht, obliegt doch der meldepflichtigen Person gemäss Art. 697j Abs. 1 OR nur die Pflicht, die «nach bestem Wissen» wirtschaftlich berechtigte Person zu melden[61]. Auch das zeigt, dass die materielle Korrektheit der Meldungen nicht oberste Priorität des Gesetzgebers ist und ihre Sicherstellung deshalb nicht eine Pflicht des Verwaltungsrats sein kann.

Der Verwaltungsrat hat damit gemäss Art. 697m Abs. 4 OR keine Pflicht zur Überprüfung der materiellen Korrektheit der Meldungen[62]. Demzufolge hat er auch keine Nachforschungspflichten in Bezug auf die materielle Korrektheit von gemachten Meldungen[63]. Es kann bei dieser Rechtslage an dieser Stelle offenbleiben, welche Pflichten der gemäss Art. 697j Abs. 1 OR zur Meldung Verpflichtete hat[64]. Denn sie sind auf keinen Fall mit den Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR identisch[65]. Denn gemäss Art. 697j Abs. 1 OR ist nicht der Verwaltungsrat meldepflichtig[66].

Es verhält sich bei Art. 697m Abs. 4 OR anders als bei Art. 663c OR, nach welcher Bestimmung der Verwaltungsrat aufgrund des Passus in Art. 663c Abs. 1 OR «… oder bekannt sein müssten» in Bezug auf bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen eine beschränkte Nachforschungspflicht hat[67], was sich auch dadurch erklärt, dass die Bestimmungen verschiedene Anwendungsbereiche haben. Denn Art. 697m Abs. 4 OR ist nicht auf börsenkotierte Gesellschaften anwendbar[68], während Art. 663c OR nur auf börsenkotierte Gesellschaften anwendbar ist, für welche aufgrund von Art. 20 BEHG (bzw. neu Art. 120 FinfraG bzw. analogen ausländischen Bestimmungen) so oder so andere Spielregeln bezüglich Offenlegung bedeutender Aktionäre und deren Beteiligungen gelten[69].

### E. Pflichten bei materiell inkorrekten Meldungen

Entsprechend dem vorstehend Ausgeführten hat der Verwaltungsrat bei materiell inkorrekten Meldungen gemäss Art. 697m Abs. 4 OR weder die Pflicht noch das Recht, Art. 697m Abs. 1–3 OR und den darin angeordneten Rechtsfolgen des Ruhens von Mitgliedschaftsrechten bzw. der Verwirkung von Vermögensrechten zum Durchbruch zu verhelfen. Er hat auch keine weiteren Pflichten und Rechte. Er hat insbesondere auch keine Korrekturpflicht und auch kein Korrekturrecht in Bezug auf materiell inkorrekte Meldungen. Er hat auch keine Zurückweisungspflicht und auch kein Zurückweisungsrecht in Bezug auf materiell inkorrekte Meldungen. Er hat auch sonst keine Handlungspflichten und keine Handlungsrechte[70]. Das gilt selbst dann, wenn er weiss, dass gemachte Meldungen materiell inkorrekt sind[71]. Das gilt umso mehr, wenn der Verwaltungsrat aufgrund gewisser Umstände lediglich vermutet, dass gemachte Meldungen inkorrekt sind[72].

---

60 *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I; wohl auch *Peter/Erez* (Fn. 1) 28 f.

61 Botschaft (Fn. 9) 559; s. auch Praxismitteilung EHRA 1/15 vom 24.6.2015, Gesellschaftsrechtliche Umsetzung des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), Reprax *2015* 61; s. schon IV. zur Frage des Verschuldens als Tatbestandsvoraussetzung für die Rechtsfolgen gemäss Art. 697m Abs. 1–3 OR.

62 *Spoerlé* (Fn. 5) N 1023; *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I; *Spoerlé* (Fn. 5) N 1022, 1042, und Botschaft (Fn. 9) 662, bezüglich materieller Korrektheit der Adressen.

63 *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I; *Gericke/Kuhn* (Fn. 9) 864; *Lutz/Kern* (Fn. 12) 306.

64 S. aber dazu bereits Fn. 20.

65 Unklar *Peter/Erez* (Fn. 1) 26, wo davon gesprochen wird, dass die Pflichten des gemäss Art. 697j Abs. 1 OR zur Meldung Verpflichteten eine «Reflexwirkung» auf die Pflichten des Verwaltungsrats bzw. der Gesellschaft haben.

66 S. VII.G.

67 Z.B. BSK OR II-*Watter/Maizar,* Art. 663c N 22 f.; BSK BEHG-*Weber,* Art. 20 N 15; *Böckli* (Fn. 39) § 8 N 670; *Alain P. Röthlisberger,* Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften, Bern 1998, 82 ff.; *Alain Hirsch,* Loi sur les bourses: l'annonce des participations importantes, Journée 1996 de droit bancaire et financier, Luc Thévenoz (Hrsg.), Bern 1996, 80; *Forstmoser* (Fn. 37) 79.

68 S. Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR.

69 S. auch CHK-*Imark/Lipp,* Art. 663c OR N 4, zum Sinn bzw. Unsinn des Zusatzes «… oder bekannt sein müssten».

70 S. schon VII.D. bezüglich Nachforschungspflichten; a.M. wohl *Jacquemoud/Vignieu* (Fn. 17) 542, wonach der Verwaltungsrat verpflichtet sei, dem Erwerber ein bestimmtes Vorgehen bei der Ermittlung der wirtschaftlich berechtigten Person vorzuschreiben.

71 Vischer (Fn. 12) VII.3.I.; zur abweichenden Rechtslage bei Wissen bei der Prüfung der Legitimation von Inhaber- und Namenaktionären gemäss Art. 689a Abs. 2 OR, Art. 966 OR und Art. 978 Abs. 1 OR (bei Inhaberaktien) bzw. Art. 684 Abs. 2 OR, Art. 966 OR und Art. 1145 OR (bei Namenaktien) s. VI.

72 *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I.; a.M. wohl *Peter/Erez* (Fn. 1) 29, 33; zur abweichenden Rechtslage bei Wissen-Müssen bei der Prüfung der Legitimation von Inhaber- und Namenaktionären gemäss Art. 689a

Insbesondere darf der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR einem Erwerber von Namenaktien die Eintragung ins Aktienbuch nicht mit der Begründung verweigern, die Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR sei materiell inkorrekt gemacht worden[73]. Denn in Bezug auf die Meldepflicht gemäss Art. 697j Abs. 1 OR gibt es keine Art. 685 OR entsprechende Bestimmung, welche wie Art. 685 OR in Bezug auf die Liberierungspflicht bei nicht voll liberierten Namenaktien eine gesetzliche Vinkulierung vorsieht. Auch Art. 685b Abs. 3 OR, die Bestimmung über die «Ablehnung von Strohmännern und Strohfrauen und Treuhändern»[74] bei nicht kotierten Namenaktien, erlaubt keine Verweigerung der Eintragung ins Aktienbuch bei materiell inkorrekten Meldungen, auch wenn Art. 685b Abs. 3 OR durchaus auch den Zweck hat, Transparenz im Aktionariat zu schaffen[75]. Denn die Meldepflicht gemäss Art. 697j Abs. 1 OR setzt den Erwerb der Namenaktien und damit (bei vinkulierten Namenaktien) die Zustimmung der Gesellschaft und bis zu einem gewissen Grade die Eintragung im Aktienbuch voraus, und nicht die (materiell korrekte) Erfüllung der Meldepflicht die Eintragung im Aktienbuch[76]. Entsprechend hat die durch Art. 685b Abs. 3 OR verlangte Offenbarungserklärung[77] nichts mit der Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR zu tun, zumal in der Offenbarungserklärung gemäss Art. 685b Abs. 3 OR die wirtschaftlich berechtigte Person nicht zu nennen ist und die Statuten dies auch nicht verlangen dürfen[78]. Die Statuten dürfen bei nicht kotierten Namenaktien die (materiell korrekte) Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR ebenfalls nicht als Voraussetzung zur Eintragung im Aktienbuch verlangen. Ebenso darf der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR nicht einen Aktionär im Aktienbuch streichen mit der Begründung, die Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR sei materiell inkorrekt gemacht worden. Die (materiell korrekte) Erfüllung der Meldepflicht gemäss Art. 697j Abs. 1 OR ist wie ausgeführt keine Eintragungsvoraussetzung, weshalb Art. 686a OR von vornherein nicht greift.

Es lässt sich entsprechend verallgemeinernd sagen, dass die (korrekte oder formell oder materiell inkorrekte) Erfüllung der Meldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR nichts mit dem Erwerb des Eigentums an Namen- und Inhaberaktien zu tun hat[79].

### F. Keine Pflicht zur Prüfung, ob Meldungen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR hätten gemacht werden müssen

Bei der Geltendmachung von Aktionärsrechten durch Inhaber- oder Namenaktionäre hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR keine Pflicht zur Prüfung, ob allfällige Meldungen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR hätten gemacht werden müssen[80]. Das ergibt sich aus den gleichen Gründen, aus denen sich herleiten lässt, dass der Verwaltungsrat keine Pflicht zur Überprüfung der materiellen Korrektheit der gemachten Meldungen hat. Entsprechend hat der Verwaltungsrat auch keine Nachforschungspflichten, ob Meldungen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR hätten gemacht werden müssen.

### G. Pflichten bei Nichtmeldungen bei Inhaber- und Namenaktien gemäss Art. 697j Abs. 1 OR

Entsprechend dem vorstehend Ausgeführten hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei Nichtmeldungen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR weder die Pflicht noch das Recht, Art. 697m Abs. 1–3 OR zum Durchbruch zu verhelfen. Er hat auch sonst keine Handlungspflichten und keine Handlungsrechte[81] und schon gar nicht selbst eine Meldepflicht[82]. Das gilt selbst dann, wenn er weiss, dass Meldun-

Abs. 2 OR, Art. 966 OR und Art. 978 Abs. 1 OR (bei Inhaberaktien) bzw. Art. 684 Abs. 2 OR, Art. 966 OR und Art. 1145 OR (bei Namenaktien) s. VI.

73 *Vischer* (Fn. 12) VII.3.J.

74 *Böckli* (Fn. 39) § 6 N 285.

75 Zur ratio legis und zur Rechtsnatur von Art. 685b Abs. 3 OR z.B. *Jonatan Riegler,* Fiduziarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien – Art der Vinkulierung und ihre handelsregisterrechtliche Behandlung, Reprax *2015* 21 f., 23 f.; *Adrian Bieri,* Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien, Zürich/St. Gallen 2011, N 276 ff., bezüglich Art. 685d Abs. 2 OR, der Parallelbestimmung von Art. 685b Abs. 3 OR.

76 S. zum Erwerbsbegriff in Art. 697j Abs. 1 OR bei vinkulierten Namenaktien *Vischer* (Fn. 12) IV.3.A.

77 Zum Begriff *Böckli* (Fn. 39) § 6 N 117, bezüglich Art. 685d Abs. 2 OR.

78 *Bieri* (Fn. 75) N 292; *Böckli* (Fn. 39) § 6 N 118; a.M. (bei entsprechender statutarischer Ausgestaltung) *Dieter Dubs/Urs Brügger,* Transparenz im Aktionariat durch (objektiv-)geltungszeitliche Interpretation des Art. 685d Abs. 2 OR – Die Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten als Anerkennungsvoraussetzung, Zugleich (auch) ein Ansatz zur Verhinderung des «Empty-Voting», SZW *2007* 290; alles bezüglich Art. 685d Abs. 2 OR.

79 *Facincani/Sutter* (Fn. 12) 219.

80 *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I.

81 S. schon VII.D. und F. bezüglich Nachforschungspflichten.

82 S. auch *Spoerlé* (Fn. 5) N 800, zur generellen Ablehnung der Ausdehnung der Meldepflicht auf Dritte; s. schon VII.D., wonach die Pflichten des gemäss Art. 697j Abs. 1 OR zur Meldung Verpflichteten nicht deckungsgleich mit den Pflichten des Verwaltungsrats sind.

gen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR hätten gemacht werden müssen[83]. Das gilt umso mehr, wenn der Verwaltungsrat nicht bestimmt weiss, dass Meldungen gemäss Art. 697j Abs. 1 OR hätten gemacht werden müssen, sondern dies aufgrund gewisser Umstände lediglich vermutet[84].

Insbesondere darf der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR einem Erwerber die Eintragung ins Aktienbuch nicht mit der Begründung verweigern, die Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR sei nicht gemacht worden[85]. Ebenso darf der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR nicht einen Aktionär im Aktienbuch streichen mit der Begründung, die Meldung gemäss Art. 697j Abs. 1 OR sei nicht gemacht worden[86].

## VIII. Folgen der Verletzung von Pflichten gemäss Art. 697m Abs. 4 OR durch den Verwaltungsrat für den Verwaltungsrat

Eine Verletzung von Pflichten gemäss Art. 697m Abs. 4 OR durch den Verwaltungsrat zeitigt die gleichen Folgen wie andere Pflichtverletzungen durch den Verwaltungsrat. Namentlich riskiert er, sich nach Art. 754 OR verantwortlich zu machen[87]. Denkbar ist aber auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, namentlich aufgrund von Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung), z.B. bei Dividendenauszahlungen an Nichtberechtigte[88].

Eine Verletzung von Pflichten gemäss Art. 697m Abs. 4 OR durch den Verwaltungsrat ist infolge der Rechtsfolgen gemäss Art. 697m Abs. 1–3 OR bei Verletzung der Meldepflichten oft gleichzeitig eine Verletzung anderer Pflichten, z.B. solcher in Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung einer Generalversammlung[89] oder in Zusammenhang mit Dividendenauszahlungen bzw. allgemeiner, in Zusammenhang mit der Zahlung von Nichtschulden, also Pflichten im Bereich das Rechnungswesens[90].

## IX. Weitere Folgen der Verletzung von Pflichten gemäss Art. 697m Abs. 4 OR durch den Verwaltungsrat

Vielfach wird die Verletzung von Pflichten gemäss Art. 697m Abs. 4 OR zur Folge haben, dass Nichtberechtigte Aktionärsrechte ausüben. Im Vordergrund stehen dabei die Teilnahme Nichtberechtigter an einer Generalversammlung und die Auszahlung von Dividenden an Nichtberechtigte. Bei Ersterem würde die Nichtigkeit bzw. mindestens Anfechtbarkeit der Generalversammlung gemäss Art. 706b OR bzw. Art. 706 OR und bei Letzterem die Nichtigkeit der Auszahlung gemäss Art. 678 OR drohen[91].

## X. Zusammenfassung

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR die Pflicht, bei der Ausübung von Aktionärsrechten von Inhaberaktionären zu prüfen, ob die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j OR gemacht wurden. Das impliziert eine Frage, die mit Ja oder Nein zu beantworten ist. Der Verwaltungsrat hat weiter die Pflicht, bei der Ausübung von Aktionärsrechten von Inhaber- und Namenaktionären zu prüfen, ob die (gemachten) Meldungen formell korrekt sind. Eine Pflicht des Verwaltungsrats, die Meldungen auf ihre materielle Korrektheit, auf ihre Wahrheit, zu überprüfen oder sogar entsprechende Nachforschungen anzustellen, besteht nicht. Eine solche Pflicht besteht selbst dann nicht, wenn der Verwaltungsrat weiss oder wissen müsste, dass die Meldung materiell inkorrekt ist.

---

[83] S. schon VII.E.

[84] S. schon VII.E.

[85] S. Ausführungen bezüglich materiell inkorrekten Meldungen *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 18.

[86] S. auch Ausführungen bezüglich materiell inkorrekten Meldungen VII.E.

[87] *Peter/Erez* (Fn. 1) 33; *Spoerlé* (Fn. 5) N 1099 ff.; *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I; *Gericke/Kuhn* (Fn. 9) 864; *Amstutz* (Fn. 9) 9; *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 15) 18.

[88] *Vischer* (Fn. 12) VII.3.I.; s. auch *Peter/Erez* (Fn. 1) 33, allerdings unter Zugrundelegung einer nicht korrekten Meinung in Bezug auf die Pflichten des Verwaltungsrats im Falle von Zweifeln bei materiell inkorrekten Meldungen, s. dazu VII.E., insbesondere Fn. 72.

[89] Dazu im Allgemeinen z.B. *Müller/Lips/Plüss* (Fn. 37) 464 ff. und 484 ff.

[90] Dazu im Allgemeinen z.B. *Müller/Lips/Plüss* (Fn. 37) 188 f.

[91] Z.B. *Vischer* (Fn. 12) VII.3.H; zur Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Teilnahme Nichtberechtigter s. Urteil des Bundesgerichts 4A_95/2015 vom 22.9.2015, E. 2.2.4.3; BGE 137 III 460, E. 3.3.2; *Böckli* (Fn. 39) § 16 N 174; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 44) § 25 N 117 ff.; zur Nichtigkeit von Auszahlungen gemäss Art. 678 OR OFK-*Vischer,* Art. 678 OR N 20; s. auch OFK-*Vischer,* Art. 680 OR N 14 zum Verhältnis von Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR; s. auch *Spoerlé* (Fn. 5) N 1090 ff., welcher zu Recht der Auffassung ist, Art. 678 Abs. 1 OR, nicht aber Art. 678 Abs. 2 OR (und Art. 680 Abs. 2 OR), sei anwendbar.

Der Verwaltungsrat hat keine Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 697j Abs. 1 OR gemacht werden. Er hat auch keine Pflicht, dafür zu sorgen, dass diese Meldungen formell und materiell korrekt gemacht werden. Nur wenn die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR nicht oder die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR oder Art. 697j Abs. 1 OR nicht formell korrekt gemacht werden, muss der Verwaltungsrat gemäss Art. 697m Abs. 4 OR handeln und Art. 697m Abs. 1–3 OR zum Durchbruch verhelfen. Das bedeutet, dass er den betroffenen Inhaber- und Namenaktionären keine Aktionärsrechte und insbesondere keine Stimmrechte mehr gewähren darf, bis die Meldungen gemäss Art. 697i Abs. 1 OR und Art. 687j Abs. 1 OR formell korrekt gemacht werden. Gewisse Aktionärsrechte, d.h. vor allem Dividendenrechte, die vor einer formell korrekten Meldung fällig wurden, darf er den betroffenen Inhaber- und Namenaktionären unter Umständen sogar überhaupt nicht mehr gewähren. Kommt der Verwaltungsrat diesen Pflichten nicht nach, macht er sich gegebenenfalls zivil- oder sogar strafrechtlich verantwortlich. Zudem riskiert er bzw. die Gesellschaft Klagen, wie z.B. Nichtigkeit- oder Anfechtungsklagen bezüglich Generalversammlungsbeschlüssen oder Rückforderungsklagen.