Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre

Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann*, LL.M., Rechtsanwalt (Zürich)

I. Einleitung

Voraussichtlich am 1. November 2019 treten verschiedene Änderungen des OR und StGB in Kraft, von denen jede AG und GmbH betroffen sein wird.[1] Diese Änderungen bewirken eine signifikante Verschärfung der seit 1. Juli 2015 in Kraft stehenden GAFI-Bestimmungen.[2] In der Öffentlichkeit wurde die Gesetzesnovelle bis anhin vor allem unter dem Aspekt der faktischen Abschaffung der Inhaberaktie diskutiert. Dass damit aber auch eine Pönalisierung des vorschriftswidrigen Führens des Aktienbuchs bzw. der Nicht-Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen und ein möglicher irreversibler Verlust der Rechte an Aktien einhergehen, wurde hingegen kaum wahrgenommen.

Die Gesetzesänderungen sind nach Ansicht des Bundesrats erforderlich, um die Empfehlungen des *Global Forum*[3] umzusetzen und anlässlich der nächsten Länderprüfung die Gesamtnote «weitgehend konform» bewahren zu können.[4]

Im Folgenden werden die gesellschafts- und strafrechtlichen Normen dieser Gesetzesnovelle dargestellt. Nicht eingegangen wird auf den steuerrechtlichen Teil der Vorlage.

Das Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke, das am 1. November 2019 in Kraft treten soll, bringt gravierende Änderungen des OR und StGB mit sich, die jede AG und GmbH betreffen und eine signifikante Verschärfung der GAFI-Bestimmungen bedeuten. Die Gesetzesnovellen werden nicht nur die Inhaberaktie faktisch abschaffen, sondern auch das vorschriftswidrige Führen des Aktienbuchs bzw. die Nicht-Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen unter Strafe stellen und einen möglichen irreversiblen Verlust der Rechte an Aktien mit sich bringen. Der folgende Beitrag erläutert die Änderung der gesellschafts- und strafrechtlichen Normen.

La Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, qui entrera en vigueur le 1er novembre 2019, apporte des modifications importantes au Code des obligations et au Code pénal. Elle concerne toutes les SA et les Sàrl et entraîne aussi un durcissement notable dans la réglementation du GAFI. Les modifications légales ne concernent pas seulement l'action au porteur, de facto abolie, mais aussi la tenue irrégulière du registre des actions et la non-communication des bénéficiaires effectifs des actions, qui pourront entraîner potentiellement la perte irréversible des droits liés aux actions. La présente contribution présente les modifications apportées aux dispositions relatives au droit des sociétés et au droit pénal. ***P.P.***

* Lukas Glanzmann, Rechtsanwalt, Baker McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der Autor dankt Sammy Guidoum, M.A. HSG (Law & Economics), für die wertvolle Mitarbeit.

1 Die Änderungen sind Teil des Bundesgesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21. Juni 2019, BBl 2019 4489 (fortan Global-Forum-Gesetz). Die Referendumsfrist ist am 10.10.2019 unbenutzt abgelaufen. Im Folgenden werden diese Gesetzesbestimmungen als nOR bzw. nStGB bezeichnet, die entsprechenden Übergangsbestimmungen als ÜB.

2 Art. 697*i*–697*m* sowie 790*a* OR.

3 *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.*

4 Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21.11.2018, BBl 2019 279–338 (zit. Botschaft), 280, 284 und 292 f.

Ebenso wenig wird erörtert, ob die beschlossenen Änderungen zur Umsetzung der Empfehlungen des *Global Forum* notwendig sind oder nicht.

II. Inhaberaktien

1. Verbot mit Ausnahmen

Die Inhaberaktien werden faktisch abgeschafft, denn sie sind nur noch zulässig, wenn (i) die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder (ii) die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.[5] Die Zulässigkeit von Inhaberaktien in diesen beiden Fällen ist gerechtfertigt, da die Transparenz anderweitig gewährleistet ist.[6] In beiden Fällen bestand schon bis anhin keine Meldepflicht für den Erwerb von Inhaberaktien.[7]

Um von der Ausnahme für börsenkotierte Gesellschaften profitieren zu können, genügt es, wenn irgendwelche Beteiligungspapiere[8] kotiert sind.[9] Damit greifen nämlich die Offenlegungsvorschriften nach Art. 120 FinfraG. Dass diese Offenlegungspflichten allerdings erst ab einer Beteiligung von drei Prozent einsetzen und somit bezüglich kleinerer Aktienbestände keine Transparenz herrscht, war dem Gesetzgeber bewusst.[10]

Als Börse im Sinne dieser Bestimmung gelten einerseits Börsen gemäss Art. 26 Bst. b FinfraG.[11] Inländischen Börsen gleichgestellt sind anderseits Börsen im Ausland, sofern das ausländische Recht ein gleichwertiges Transparenzniveau wie das Schweizer Recht gewährleistet.[12] Keine Börsen im Sinne dieser Bestimmung sind hingegen reine Handelsplattformen.[13]

2. Unter neuem Recht unzulässige Inhaberaktien

a) Umwandlung von Gesetzes wegen

Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Global-Forum-Gesetzes Inhaberaktien ausstehend haben, ohne die Bedingungen gemäss Art. 622 Abs. 1bis nOR zu erfüllen,[14] sind interessanterweise nicht verpflichtet, diese in Namenaktien umzuwandeln.[15] Vielmehr erfolgt die Umwandlung 18 Monate nach Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1bis nOR von Gesetzes wegen.[16] Die automatische Umwandlung erfasst auch bedingtes und genehmigtes Kapital.[17] Sie wirkt nach der gesetzlichen Konzeption gegenüber jeder Person, und zwar schon bevor die Statuten oder die Handelsregistereinträge angepasst worden sind[18] und unabhängig davon, ob für die entsprechenden Aktien Titel ausgegeben worden sind.[19]

Die neuen Namenaktien sollen dem Aktionär möglichst die gleiche Rechtsposition verleihen wie die ehemaligen Inhaberaktien. Deshalb behalten die von der Umwandlung betroffenen Aktien ihren Nennwert, ihre Liberierungsquote sowie ihre Eigenschaften in Bezug auf das Stimmrecht und die vermögensrechtlichen Ansprüche.[20] Zudem ist ihre Übertragbarkeit nicht beschränkt.[21] Dies bedeutet einmal, dass eine vorbestehende statutarische Vinkulierung diese Namenaktien nicht erfasst. Eine andere Frage ist, ob auch die gesetzlichen Vinkulierungsgründe ausser Kraft gesetzt sind. Für deren Anwendung spricht die Tatsache, dass es sich bei den neuen Namenaktien um richtige Namenaktien handelt und diese grundsätzlich auch als solche behandelt werden sollten. Bezüglich der gesetzlichen Vinkulierung bei einer Teilliberierung[22] ist dies wenig problematisch: Da die Liberierungspflicht bei teilliberierten Inhaberaktien selbst mit Zustimmung

5 Art. 622 Abs. 1bis nOR.

6 Botschaft (Fn. 4) 313.

7 Vgl. Art. 697*i* Abs. 1 und 4 OR. Gleiches gilt für die Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen; vgl. Art. 697*j* Abs. 1 und 3 OR.

8 Als Beteiligungspapiere gelten Aktien, Partizipationsscheine und Genussscheine (Art. 2 Bst. i FinfraG i.V.m. Art. 2 UEV).

9 Im Gegensatz dazu verlangte Art. 697*i* Abs. 1 OR noch, dass Aktien kotiert sind.

10 Botschaft (Fn. 4) 313.

11 Momentan sind die SIX Swiss Exchange AG und die BX Swiss AG die einzigen Börsen in der Schweiz; vgl. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Liste der bewilligten und anerkannten Finanzmarktinfrastrukturen (inkl. Handelsplätze) sowie ausländischen Teilnehmer vom 24.8.2019, 4.

12 Botschaft (Fn. 4) 313. Gl.M. die Lehre zu Art. 697*i* und 697*j* OR: vgl. *Lukas Glanzmann/Philip Spoerlé,* Das neue Global Forum-Gesetz, Die geplante Enteignung von Inhaberaktionären und andere Unzulänglichkeiten, GesKR 2018, 87–108, 92 m.w.H.

13 Dazu zählt z.B. die Plattform OTC-X.ch der BEKB.

14 Für Gesellschaften, die erst nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen ihre Berechtigung zur Ausgabe von Inhaberaktien verlieren, vgl. unten II.4.

15 Anders im Fall einer Dekotierung; vgl. unten II.4.b).

16 Art. 4 Abs. 1 Satz 1 ÜB.

17 Gl.M. *Philip Spoerlé,* Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, GesKR 3/2019 (noch nicht publ.), Kap. II.2.2.

18 Vgl. dazu unten II.2.b).

19 Art. 4 Abs. 1 Satz 2 ÜB. Vgl. auch *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.2.

20 Art. 4 Abs. 3 Satz 1 ÜB.

21 Art. 4 Abs. 3 Satz 2 ÜB.

22 Art. 685 OR.

des Verwaltungsrats nicht übertragbar ist,[23] ist diese Vinkulierung eine weniger weitgehende Einschränkung und bewirkt demnach keine Verschlechterung der Rechtsstellung des ehemaligen Inhaberaktionärs. Aus diesem Grund kann sie ohne Weiteres auch für die neuen Namenaktien gelten. Bei der Treuhändervinkulierung[24] und der *escape clause*[25], die nach der h.L. beide ebenfalls zu den gesetzlichen Vinkulierungsgründen zählen,[26] trifft dies hingegen nicht zu. Dennoch ist fraglich, ob diese Vinkulierungsgründe nicht auch für die neuen Aktien gelten sollen. Einerseits würde dies ihre Behandlung als Namenaktien gebieten, anderseits wird es nach Jahr und Tag kaum mehr möglich sein, die ehemals automatisch umgewandelten Namenaktien als solche zu identifizieren und von der gesetzlichen Vinkulierung auszunehmen.[27]

Sind für die Inhaberaktien Aktientitel ausgegeben, dann ist der Verwaltungsrat verpflichtet, diese umzuschreiben oder umzutauschen.[28] Bis dahin können die für Inhaberaktien ausgegebenen Inhaberpapiere wertpapierrechtlich aber immer noch als solche übertragen werden.[29] Der Grundsatz, dass die Umwandlung gegenüber jeder Person wirkt, unabhängig davon, ob Aktientitel ausgegeben worden sind, greift nicht, da er sich auf den Inhalt der Aktionärsrechte bezieht, nicht aber auf die Form der Urkunde.[30]

Hatte die Gesellschaft nebst den Inhaberaktien schon vorher Namenaktien ausgegeben, so kann die automatische Umwandlung dazu führen, dass die neuen Namenaktien eine eigene Aktienkategorie bilden.[31] Sollen die neuen Namenaktien den vorbestehenden Namenaktien gleichgestellt werden, dann muss die Generalversammlung die entsprechenden Anpassungen durch eine Statutenänderung beschliessen. Für die Einführung einer Vinkulierung wäre z.B. ein qualifiziertes Quorum erforderlich.[32]

Um die mit einer automatischen Umwandlung verbundenen Unklarheiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, etwaige Inhaberaktien möglichst bald mittels eines Generalversammlungsbeschlusses in Namenaktien umzuwandeln.

b) Anpassen des Handelsregistereintrags, des Aktienbuchs und der Statuten

Die automatische Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien bewirkt, dass der Handelsregistereintrag und die Statuten nicht mehr der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Das Gleiche gilt für das Aktienbuch, sofern die Gesellschaft überhaupt ein solches führt. Das Gesetz sieht diesbezüglich verschiedene Pflichten vor:

Das Handelsregisteramt muss diejenigen Handelsregistereinträge, die wegen der automatischen Umwandlung nicht mehr stimmen, von Amtes wegen ändern.[33] Gleichzeitig trägt es eine Bemerkung ein, dass die Belege – also die Statuten – vom Eintrag abweichende Angaben enthalten.[34] Diese Bemerkung ist erst zu löschen, wenn die Statuten an die Umwandlung angepasst worden sind.[35]

Die Gesellschaft muss das Aktienbuch berichtigen bzw., sofern sie vorher keine Namenaktien hatte, neu schaffen. Dabei sind diejenigen neuen Namenaktionäre in das Aktienbuch einzutragen, die ihre Meldepflicht nach Art. 697*i* OR erfüllt haben.[36] Für die Erfüllung der Meldepflicht relevant ist der Zeitpunkt der Umwandlung der Aktien.[37] Sodann muss im Aktienbuch eingetragen werden, für welche Aktien keine Meldung erfolgt ist und dass die mit diesen Aktien verbundenen Rechte nicht ausgeübt werden können.[38] Unterlässt es die Gesellschaft, das Aktienbuch anzupassen bzw. ein solches zu schaffen, dann kann dies einen Organisationsmangel[39] darstellen und strafbar[40] sein.

Schliesslich müssen die Statuten an die Umwandlung angepasst werden, und zwar mittels öffentlich beurkundeten Generalversammlungsbeschlusses. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, dafür den Gesellschaften eine Frist

23 BGE 86 II 89 E. 4; bestätigt in BGer 4A_512/2012 vom 28.1.2013 E. 6.
24 Art. 685*b* Abs. 3 OR.
25 Art. 685*b* Abs. 4 OR.
26 Vgl. z.B. *Shelby R. du Pasquier/Matthias Wolf/Matthias Oertle,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 685*b* OR N 10 und 15.
27 Gegen eine Vinkulierung: *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.2.
28 *Peter Jäggi,* in: Emil Beck et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, Art. 965–989 und 1145–1155, Zürich 1959, Art. 970 OR N 28.
29 *Jäggi* (Fn. 28), Art. 970 OR N 28. Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.2.
30 *Jäggi* (Fn. 28), Art. 970 OR N 28, bezüglich Statutenänderungen, die dem Aktionär ebenfalls entgegengehalten werden können.
31 *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 12) 93 f.
32 Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 OR.
33 Art. 4 Abs. 2 Satz 1 ÜB.
34 Art. 4 Abs. 2 Satz 2 ÜB.
35 Art. 5 Abs. 4 ÜB.
36 Art. 6 Abs. 1 ÜB. Unbeachtlich ist, ob sich der Aktionär i.S.v. Art. 697*i* Abs. 2 OR identifiziert hat (*Spoerlé* [Fn. 17] Kap. II.2.4.a). Zu den Rechtsfolgen für die Aktionäre, die ihre Meldepflicht nicht erfüllt haben, vgl. unten II.3.
37 Vgl. unten II.3.a).
38 Art. 6 Abs. 3 ÜB.
39 Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 nOR. Vgl. unten IV.2.
40 Art. 327*a* Bst. a StGB. Vgl. unten IV.1.

zu setzen.[41] Die Anpassung muss aber spätestens erfolgen, wenn die Gesellschaft ohnehin eine Statutenänderung vornimmt.[42] Dies gilt wohl auch, wenn die Statutenänderung rein deklaratorischer Natur ist, wie z.B. bei Anpassungen wegen Ausübung eines bedingten Kapitals.[43] Dennoch kann die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Rechtslage und dem Wortlaut der Statuten Jahre andauern. Solange die Anpassung nicht vorgenommen worden ist, muss das Handelsregisteramt jede Anmeldung zur Eintragung einer anderen Statutenänderung in das Handelsregister zurückweisen.[44] Dies ist ein Grund, die Statuten so bald wie möglich anzupassen, andernfalls wird unter Umständen eine zeitkritische Statutenänderung verzögert. Von keinem Eintragungsstopp betroffen sind andere Einträge im Handelsregister, wie z.B. Personalmutationen.[45]

3. Behandlung anonymer Aktionäre im Besonderen

a) Stellung bis zur Umwandlung der Aktien

Bis zur Umwandlung der Inhaber- in Namenaktien sind die Inhaberaktionäre verpflichtet, eine Meldung gemäss dem heute schon geltenden Art. 697*i* OR vorzunehmen. Diese Bestimmung wird nämlich erst 18 Monate nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle ausser Kraft gesetzt,[46] also dann, wenn sämtliche Inhaber- in Namenaktien umgewandelt werden[47] und Art. 697*i* OR somit seine Funktion verliert.[48]

Solange die Meldung nicht vorgenommen worden ist, greifen die Rechtsfolgen von Art. 697*m* OR, d.h., die Mitgliedschaftsrechte ruhen und die Vermögensrechte verwirken nach einem Monat. Art. 6 Abs. 2 ÜB wiederholt diese Rechtsfolgen im Wesentlichen, wobei darin aber der Hinweis fehlt, dass beim Nachholen der Meldung die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend gemacht werden können.[49] Da Art. 6 Abs. 2 ÜB nichts anderes anordnen will als Art. 697*m* OR,[50] müssen die Rechte beim Nachholen der Meldung auch im Rahmen des Übergangsrechts wieder aufleben können.

Das Unterlassen der Meldung nach Art. 697*i* OR hat keine strafrechtlichen Konsequenzen.[51]

Die Aktionäre, die eine Meldung nachgeholt haben, sind bei einer späteren Umwandlung der Aktien ebenfalls ins Aktienbuch einzutragen.[52]

b) Stellung nach einer freiwilligen Umwandlung

Werden die Inhaberaktien vor Ablauf von 18 Monaten nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle mittels Generalversammlungsbeschluss in Namenaktien umgewandelt, dann können und müssen die ehemaligen Inhaberaktionäre, die bisher noch keine Meldung nach Art. 697*i* OR vorgenommen haben, diese nicht mehr machen, da sie ja keine Inhaberaktien mehr haben. Vielmehr können sie sich als Namenaktionäre nach Massgabe von Art. 686 OR ins Aktienregister eintragen lassen.[53] Für diese Aktionäre gelten die noch darzustellenden Rechtsfolgen einer automatischen Umwandlung nicht, weil diese nur bei einer Umwandlung nach Art. 4 Abs. 1 ÜB zur Anwendung kommen.[54]

Im Übrigen ist die Rechtsstellung der betreffenden Aktionäre jene eines gewöhnlichen Namenaktionärs. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Eintragung im Aktienbuch gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bloss deklaratorischer Natur ist.[55] Diese Rechtsprechung wird durch die neue Gesetzgebung nicht geändert.[56]

c) Stellung nach einer automatischen Umwandlung

Aktionäre, die ihrer Meldepflicht nach Art. 697*i* OR nicht nachgekommen und deren Inhaberaktien nach Art. 4 ÜB in Namenaktien umgewandelt worden sind, können die Meldung nicht mehr ohne Weiteres nachholen. Immerhin haben sie aber das Recht, beim Gericht innert fünf Jahren seit Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1bis nOR ihre Eintragung in das Aktienbuch der Gesellschaft zu beantragen.[57] Nebst dem Nachweis der Aktionärseigenschaft setzt dies gemäss Art. 7 Abs. 1 ÜB jedoch die vorgängige Zustimmung der Gesellschaft voraus.

---

41 Botschaft (Fn. 4) 323.
42 Art. 5 Abs. 1 ÜB.
43 Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.3.
44 Art. 5 Abs. 2 ÜB.
45 Botschaft (Fn. 4) 232.
46 Vgl. Ziff. 2 der Inkraftsetzungsbestimmungen.
47 Art. 4 Abs. 1 OR.
48 Botschaft (Fn. 4) 315.
49 So Art. 697*m* Abs. 3 Satz 2 OR.
50 Botschaft (Fn. 4) 324.
51 Art. 327 nStGB erfasst nur die Nicht-Meldungen nach Art. 697*j* und 790*a* OR. Vgl. unten III.2.
52 Vgl. Art. 6 Abs. 1 ÜB und oben II.2.b).
53 Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.1. Zu Eintragung von Aktionären, die ihrer Meldepflicht nachgekommen sind, vgl. oben II.2.b).
54 Vgl. Art. 7 Abs. 1 ÜB: «[…] und deren Inhaberaktien nach Artikel 4 in Namenaktien umgewandelt worden sind […]».
55 BGE 137 III 460 E. 3.2.2; 90 II 164 E. 3.
56 Vgl. unten IV.2.
57 Art. 7 Abs. 1 ÜB.

Gemäss Botschaft ist das Eintragungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen,[58] d.h., die Gesellschaft nimmt in der Regel nicht am Verfahren teil. Deshalb müsste der Aktionär zuerst gerichtlich gegen die Gesellschaft vorgehen, sollte diese die Zustimmung verweigern.[59] Das darf sie aber nur dann, wenn sie den Aktionär nicht als solchen anerkennt.[60] Die *Business Judgement Rule* schützt diesen Entscheid nicht,[61] da es um die Frage geht, wem das Eigentum an den Aktien zusteht.

Heisst das Gericht den Antrag gut, muss die Gesellschaft den Aktionär im Aktienregister eintragen.[62] Gemäss Gesetz können die Aktionäre die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen.[63] Mit «diesem Zeitpunkt» ist die Gutheissung durch das Gericht und nicht etwa die Eintragung im Aktienregister gemeint,[64] denn sonst könnte die Gesellschaft durch eine ungebührende Verzögerung der Eintragung die Rechte des Aktionärs schmälern. Der Aktionär kann nach der Eintragung nicht nur die Vermögensrechte,[65] sondern auch sämtliche übrigen mit den Aktien verbundenen Rechte wieder geltend machen.[66]

Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren, wobei der Aktionär die Gerichtskosten tragen muss.[67] Dies gilt nicht für ein etwaiges Verfahren des Aktionärs gegen die Gesellschaft, um seine Rechte anerkennen zu lassen.

d) Stellung nach fünf Jahren

Eine noch drakonischere Rechtsfolge tritt ein, wenn Aktionäre, die keine Meldung nach Art. 697*i* OR vorgenommen haben, auch nach fünf Jahren seit Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1[bis] nOR beim Gericht kein Gesuch um Eintragung in das Aktienbuch gestellt haben: Die betreffenden Aktien werden nichtig und die Aktionäre verlieren ihre damit verbundenen Rechte.[68]

Die Nichtigkeitsfolge muss auch eintreten, wenn ein Gesuch gestellt, aber vor Ablauf der fünfjährigen Frist rechtskräftig abgelehnt worden ist. Ist das Gesuch im Zeitpunkt des Ablaufs der fünfjährigen Frist noch hängig, tritt die Nichtigkeit erst mit Rechtskraft eines ablehnenden Entscheids ein; bei Gutheissung des Gesuchs ist der Aktionär jedoch im Aktienbuch einzutragen.

Die Frist von fünf Jahren muss während der Dauer eines Kraftloserklärungsverfahrens bezüglich der Inhaberaktien[69] oder eines Anerkennungsverfahrens gegen die Gesellschaft[70] stillstehen.[71] Letzteres kann erfahrungsgemäss Jahre dauern, da solche Verfahren oft mit Streitigkeiten zwischen Aktionären oder zwischen dem Aktionariat und dem Verwaltungsrat verbunden sind. Ohne einen Stillstand könnte die Frist wohl in vielen Fällen nicht eingehalten werden, was zum Nutzen des sich widersetzenden Verwaltungsrats wäre.

Die nichtigen Aktien werden durch eigene Aktien der Gesellschaft ersetzt.[72] Diese entstehen von Gesetzes wegen und unterliegen den gewöhnlichen Restriktionen, die bezüglich eigener Aktien gelten.[73]

Die enteigneten Aktionäre haben gegenüber der Gesellschaft keine Rechte bezüglich der neu geschaffenen eigenen Aktien, sondern nur einen Entschädigungsanspruch.[74] Dieser entspricht dem wirklichen Wert der Aktien zum Zeitpunkt ihrer automatischen Umwandlung bzw., sofern der entsprechende Wert tiefer ist, der Geltendmachung des Anspruchs.[75] Der Anspruch besteht aber nur, wenn die Aktien ohne eigenes Verschulden nichtig geworden sind und er innerhalb von zehn Jahren nach Eintritt der Nichtigkeit geltend gemacht wird.[76] Eine Entschädigung ist zudem ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft nicht über das erforderliche frei verwendbare Eigenkapital verfügt.[77] Es wird noch zu klären sein, wann die Nichtigkeitsfolge ohne eigenes Verschulden eingetreten sein soll. Auch stellt sich die Frage, ob bezüglich der Entschädigungsforderung die Vorschriften über die Abfindung gemäss Art. 825*a* OR analog anwendbar sein sollen.

58 Botschaft (Fn. 4) 326.
59 Botschaft (Fn. 4) 325.
60 Ähnlich *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.4.b).
61 Vgl. BGer 4A_623/2018 vom 31.7.2019 E. 3.1. für einen Vinkulierungsentscheid.
62 Art. 7 Abs. 3 Satz 1 ÜB.
63 Art. 7 Abs. 3 Satz 2 ÜB.
64 Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.4.b). Nach Ansicht der Botschaft (Fn. 4) 326, ist es der Zeitpunkt, in welchem das Gericht den Entscheid der Gesellschaft mitteilt.
65 Art. 7 Abs. 3 ÜB.
66 Botschaft (Fn. 4) 326.
67 Art. 7 Abs. 2 ÜB.
68 Art. 8 Abs. 1 ÜB.
69 Art. 981–986 OR.
70 Vgl. oben II.3.c).
71 Eine gleiche Wirkung wird nach Art. 758 Abs. 2 E-OR die Sonderuntersuchung auf die Klagefrist nach einem Entlastungsbeschluss haben. Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.2.4.b).
72 Art. 8 Abs. 1 Satz 3 ÜB.
73 Vgl. Art. 659 f. OR.
74 Art. 8 Abs. 2 Satz 1 ÜB.
75 Art. 8 Abs. 2 Satz 2 ÜB.
76 Art. 8 Abs. 2 Satz 1 ÜB.
77 Art. 8 Abs. 2 Satz 3 ÜB.

4. Unter neuem Recht zulässige Inhaberaktien

a) Meldung beim Handelsregister

Eine Gesellschaft, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen Inhaberaktien ausgegeben hat und eine der beiden Bedingungen gemäss Art. 622 Abs. 1bis nOR erfüllt, muss im Handelsregister eintragen lassen, ob sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder ihre Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind.[78] Die Eintragung muss innerhalb einer Frist von 18 Monaten ab dem Inkrafttreten von Art. 622 Abs. 1bis nOR verlangt werden.[79] Wird die Anmeldung nicht fristgerecht vorgenommen, dann werden die Inhaberaktien am Ende der Frist von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt.[80] Für eine solche Gesellschaft gelten damit die gleichen Rechtsfolgen wie für Gesellschaften, welche die Voraussetzungen für die Ausgabe von Inhaberaktien nicht erfüllen.[81] Eine Ausnahme besteht einzig bei der Anpassung der Statuten:[82] Auf diese kann die Gesellschaft verzichten, wenn die Generalversammlung beschliesst, die neuen, automatisch geschaffenen Namenaktien unter Beibehaltung der Anzahl, des Nennwerts und der Aktienkategorie wieder in Inhaberaktien umzuwandeln, und die Gesellschaft die bis anhin unterlassene Eintragung nach Art. 622 Abs. 2bis nOR nachholen lässt.[83]

Eine andere Frage ist, ob für die Aktionäre einer solchen Gesellschaft die gleichen Rechtsfolgen eintreten wie bei jenen, die ihrer Meldepflicht nicht nachgekommen sind. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall, da die Aktionäre keine Meldepflicht nach Art. 697*i* OR hatten und diese deshalb auch nicht verletzen konnten.[84] Aus diesem Grund sind sie nach der Umwandlung nach Massgaben von Art. 686 OR als Namenaktionäre ins Aktienbuch einzutragen.[85]

Eine Gesellschaft, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts Inhaberaktien schaffen will, muss zusammen mit der entsprechenden Handelsregisteranmeldung die erforderlichen Belege betreffend Börsenkotierung oder Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten einreichen.[86]

Momentan ist noch nicht absehbar, welche Belege die Handelsregisterämter für eine Eintragung nach Art. 622 Abs. 2bis nOR verlangen werden. Es ist davon auszugehen, dass sie in der Handelsregisterverordnung spezifiziert werden. Zu weit geht die Auffassung der Botschaft, dass bei einer ausländischen Börse die Gleichwertigkeit des Transparenzniveaus zu beweisen sei und bei Bucheffekten eine Bestätigung der Verwahrungsstelle eingereicht werden müsse.[87] Vielmehr muss in beiden Fällen eine entsprechende Erklärung des Verwaltungsrats genügen.[88] Sollte diese nicht den Tatsachen entsprechen, dann könnten diese Personen die Straftatbestände der unwahren Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden[89] oder der Falschbeurkundung[90] erfüllen.

Analog dem *Opting-out* darf das Handelsregisteramt nicht ohne begründeten Anlass eine Erneuerung der entsprechenden Erklärung verlangen.[91]

b) Folgen einer Dekotierung

Werden sämtliche Beteiligungspapiere einer Gesellschaft, die Inhaberaktien ausgegeben hat, dekotiert, müssen die Inhaberaktien innerhalb einer Frist von sechs Monaten entweder in Namenaktien umgewandelt oder als Bucheffekten ausgestaltet werden.[92] Kommt die Gesellschaft dieser Pflicht nicht nach, dann hängt die Rechtsfolge davon ab, wann die Dekotierung erfolgt:

Nach Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 4 nOR liegt ein Organisationsmangel vor, wenn eine Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, ohne dass sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind. In diesem Fall könnten Aktionäre, Gläubiger und – bis zum Inkrafttreten des neuen Handelsregisterrechts[93] – der Handelsregisterführer dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann das Gericht die Umwandlung selber anordnen; wenn Inhaberaktien von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt werden können, dann muss dies auch mittels Gestaltungsurteil möglich sein.[94]

---

78 Art. 622 Abs. 2bis nOR.
79 Art. 2 ÜB. Für Einzelheiten vgl. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.4.b).
80 Art. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 ÜB.
81 Vgl. dazu oben II.2.a).
82 Vgl. oben II.2.b).
83 Art. 5 Abs. 3 ÜB.
84 Vgl. Art. 7 Abs. 1 ÜB, der ausdrücklich an der Verletzung der Meldepflicht anknüpft.
85 Art. 6 Abs. 1 ÜB.
86 *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.4.b).
87 Botschaft (Fn. 4) 314.
88 Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.4.a).
89 Art. 153 StGB.
90 Art. 251 StGB.
91 Vgl. zum *Opting-out* BGer 4a_589/2017 vom 9.2.2018 E. 2.3.4.
92 Art. 622 Abs. 2ter nOR.
93 Die Legitimation des Handelsregisterführers zur Klage nach Art. 731*b* OR wird gestrichen; vgl. Art. 731*b* Abs. 1 OR gemäss der noch nicht in Kraft getretenen Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 17.3.2017 (BBl 2017 2433).
94 Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.5.c).

Zu beachten ist, dass Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 4 nOR erst 18 Monate nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle in Kraft treten wird.[95] Damit stellt sich die Frage, was bei einer Dekotierung vor diesem Datum gilt. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die automatische Umwandlung und die damit verbundenen Rechtsfolgen gemäss Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 ÜB auf sämtliche Gesellschaften Anwendung findet, die 18 Monate nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle noch Inhaberaktien ausstehend und keine Eintragung nach Art. 622 Abs. 2bis nOR vorgenommen haben. Damit wären sie aufgrund des Gesetzeswortlauts auch auf Gesellschaften anwendbar, die sämtliche Beteiligungsrechte dekotiert haben und ihrer Pflicht zur Umwandlung der Inhaberaktien nicht fristgemäss nachgekommen sind, sofern das Ende der sechsmonatigen Frist früher als 18 Monate seit dem Inkrafttreten der Gesetzesnovelle liegt. Allerdings kann es nicht dem Zweck des Gesetzes entsprechen, den gleichen Sachverhalt anders zu regeln, je nachdem, wann die Dekotierung erfolgt. Aus diesem Grund muss auch in diesem Fall Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 4 nOR anwendbar sein, obwohl er unter Umständen formell noch nicht in Kraft getreten ist.[96]

Weiter ist zu beachten, dass es auch bei Gesellschaften mit kotierten Beteiligungspapieren Aktionäre geben kann, die bislang keine Meldung vorgenommen haben, da sie die nach Börsenrecht geltende Meldeschwelle von drei Prozent nicht erreichen. Interessanterweise enthält das Gesetz keine Bestimmung, wie mit solchen anonymen Inhaberaktionären bei einer Dekotierung sämtlicher Beteiligungsrechte umzugehen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht greifen die Pflichten gemäss Art. 697*i* OR nicht, weil diese Bestimmung auf den Zeitpunkt des Erwerbs abstellt und die Gesellschaft damals noch kotierte Beteiligungsrechte hatte. Hinzu kommt, dass diese Norm 18 Monate nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle ohnehin ausser Kraft gesetzt wird.[97] Deshalb haben solche Inhaberaktionäre keine Meldepflicht und können nach der Umwandlung ihrer Aktien ein Gesuch um Eintragung als Namenaktionär nach Massgabe von Art. 686 OR stellen.[98]

c) Folgen einer Aufhebung von Bucheffekten

Bei einer Aufhebung von Bucheffekten stellen sich ähnliche Fragen wie bei einer Dekotierung. Liegen den Bucheffekten hinterlegte Wertpapiere oder Globalurkunden zugrunde, darf die Verwahrungsstelle sie nur an die Gesellschaft oder an eine von der Gesellschaft als Ersatz bezeichnete Verwahrungsstelle[99] ausliefern. Eine Auslieferung an die Gesellschaft ist zudem nur zulässig, wenn die Inhaberaktien vorher in Namenaktien umgewandelt[100] oder vernichtet[101] worden sind. Somit werden in diesem Fall keine Inhaberaktien mehr entstehen können, die nicht in der Form von Bucheffekten sind.

Nicht geregelt ist hingegen der Fall, wo den Bucheffekten eine Eintragung von Wertrechten im Hauptregister zugrunde liegt. Da das BEG für diesen Fall die Aufhebung der Bucheffekten nicht verbietet, müssen die gleichen Rechtsfolgen wie bei einer Dekotierung gelten.[102]

III. Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen

1. Neufassung von Art. 697*j* OR

Nach Art. 697*j* OR muss derjenige, der allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet, der Gesellschaft innert Monatsfrist die an den Aktien wirtschaftlich berechtigte Person melden. Die gleiche Pflicht besteht gemäss Art. 790*a* OR für Stammanteile und aufgrund von Art. 656*a* Abs. 2 OR für Partizipationsscheine.[103]

Die Pflicht zur Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Person war bis anhin sehr lückenhaft geregelt.[104] Aus diesem Grund wurde die Bestimmung teilweise ergänzt. Konkret stellt Art. 697*j* nOR Folgendes klar:

- Die Meldepflicht besteht nicht, wenn Anteile einer Gesellschaft erworben werden, die Beteiligungsrechte kotiert hat.[105] Bis anhin war die Befreiung auf Gesellschaften mit kotierten Aktien beschränkt.[106] Nur eine redaktionelle Änderung erfährt die Bestimmung über die Befreiung von der Meldepflicht, wenn die Aktien als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.[107]

[95] Vgl. Ziff. 2 der Inkraftsetzungsbestimmungen.
[96] A.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.5.c).
[97] Vgl. Ziff. 2 der Inkraftsetzungsbestimmungen.
[98] Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.5.c).
[99] Art. 8*a* Bst. a nBEG.
[100] Art. 8*a* Bst. b nBEG.
[101] Art. 8*a* Bst. c nBEG.
[102] Vgl. oben II.4.b). A.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. II.1.6.
[103] *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 12) 88.
[104] Vgl. *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 12) 88 f.
[105] Art. 697*j* Abs. 1 nOR.
[106] Art. 697*j* Abs. 1 OR. Die Lehre ging allerdings schon bis anhin davon aus, dass die Kotierung anderer Beteiligungsrechte auch genügt: *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 12) 92.
[107] Art. 697*j* Abs. 5 nOR.

- Meldepflichtige Gesellschafter in der Form einer juristischen Person oder Personengesellschaft müssen als wirtschaftlich berechtigte Person jede natürliche Person melden, die den Gesellschafter im Sinne des Rechnungslegungsrechts kontrolliert.[108] Falls es keine solche Person gibt, müssen sie eine Negativmeldung machen.[109]
- Ist der meldepflichtige Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft mit börsenkotierten Beteiligungspapieren, wird er von einer solchen Gesellschaft im Sinne des Rechnungslegungsrechts kontrolliert[110] oder kontrolliert er eine solche Gesellschaft, so muss er nur diese Tatsache sowie die Firma und den Sitz der Kapitalgesellschaft melden.[111]
- Der Gesellschafter muss der Gesellschaft die Änderung des Vor- oder des Nachnamens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person neu innert drei Monaten melden.[112] Bis anhin gab es keine Frist für eine solche Meldung.

Trotz dieser Präzisierungen bestehen hinsichtlich der Meldepflicht immer noch zahlreiche offene Fragen, insbesondere auch bezüglich des Erwerbsbegriffs. So ist unklar, ob die Überschreitung der Grenzwerte im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung oder infolge einer Umwandlung von Beteiligungstiteln, eines Erwerbs eigener Anteile durch die Gesellschaft oder einer Kapitalherabsetzung eine Meldepflicht auslöst. Zahlreiche Unklarheiten bestehen sodann in Bezug auf den Tatbestand des Erwerbs in gemeinsamer Absprache mit Dritten. Schliesslich wird in der Literatur diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einräumung von Pfand- und weiteren Sicherungsrechten oder einer Nutzniessung als Erwerb im Sinne der Bestimmung gelten könnte. Daneben verbleiben aber auch Unklarheiten in Bezug auf die Interpretation der wirtschaftlich berechtigten Person bei direkt oder indirekt von kollektiven Kapitalanlagen oder Private-Equity-Fonds sowie von Stiftungen und Trusts gehaltenen Aktien. Die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten sind vor dem Hintergrund der weitreichenden Rechtsfolgen und strafrechtlichen Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten[113] unhaltbar.

2. Neue strafrechtliche Folgen einer Verletzung

Bis anhin hatte die Verletzung der Meldepflicht einzig zivilrechtliche Konsequenzen. Konkret werden die Stimmrechte suspendiert und die Vermögensrechte verwirken, solange der Meldepflicht nicht nachgekommen wird.[114] Sobald die Meldung nachgeholt wird, können die danach entstehenden Vermögensrechte wieder geltend gemacht werden.[115]

Neu wird die Verletzung der Meldepflicht auch strafrechtlich sanktioniert. Nach Art. 327 nStGB wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich den Pflichten nach Art. 697*j* Abs. 1–4 OR oder Art. 790*a* Abs. 1–4 OR zur Meldung der an den Aktien oder Stammanteilen wirtschaftlich berechtigten Person nicht nachkommt. Bei der Norm handelt sich um eine Übertretung.[116] Der Höchstbetrag der Busse ist CHF 10 000[117] und die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.[118] Wird eine Busse von mehr als CHF 5000 ausgesprochen, gibt es einen Strafregistereintrag.[119]

Zu beachten ist, dass nicht nur das Unterlassen der Meldung eines Erwerbs, sondern auch eine fehlerhafte Meldung strafbar sein kann. Weiter wird auch die Nichtvornahme der Meldung einer Änderung des Vor- oder Nachnamens oder der Adresse einer wirtschaftlich berechtigten Person pönalisiert. Dies ist problematisch, weil dem formalen Eigentümer Änderungen der Personen- und Wohnsitzangaben des wirtschaftlich Berechtigten nicht ohne Weiteres bekannt sein dürften. Eine Nachforschungspflicht des formellen Gesellschafters wurde unter dem bisherigen Recht richtigerweise verneint, weshalb die Pflicht zur Vornahme von Änderungsmeldungen als blosse Ordnungsvorschrift aufgefasst wurde.[120] Nach der hier vertretenen Auffassung darf aus der neuen Strafnorm keine Nachforschungspflicht des Aktionärs hinsichtlich der Verhältnisse bei der wirtschaftlich berechtigten Person abgeleitet werden.[121]

Schliesslich ist zu bemerken, dass der Tatbestand nicht nur bei direktem Vorsatz, sondern auch bei eventualvorsätzlichem Handeln erfüllt ist. Dies ist insbesondere deshalb problematisch, weil selbst nach der Anpassung von Art. 697*j* OR in vielen Sachverhaltskonstellationen immer noch unklar sein wird, wer als wirtschaftlich berechtigte Person gilt und ob über-

[108] Art. 697*j* Abs. 2 nOR mit Verweis auf Art. 963 Abs. 2 OR.
[109] Art. 697*j* Abs. 2 nOR.
[110] Vgl. Art. 963 Abs. 2 OR.
[111] Art. 697*j* Abs. 3 nOR.
[112] Art. 697*j* Abs. 4 nOR.
[113] Vgl. unten III.2.
[114] Art. 697*m* Abs. 1 und 3 OR.
[115] Art. 697*m* Abs. 3 OR.
[116] Art. 103 StGB.
[117] Art. 106 Abs. 1 StGB.
[118] Art. 109 StGB.
[119] Art. 366 StGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung.
[120] Vgl. *Philip Spoerlé,* Die Inhaberaktie – Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, St. Gallen 2015, N 936 f.
[121] Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. IV.1.1.

haupt ein meldepflichtiger Erwerb vorliegt.[122] In all diesen Konstellationen widerspricht die Strafbestimmung dem Grundsatz *«nullum crimen, nulla poena sine lege»* und kann deshalb nicht Grundlage einer Strafe sein. [123]

3. Grandfathering

Gesellschafter, die vor dem 1. Juli 2015 Namenaktien, Namenpartizipationsscheine oder Anteilscheine erworben und damit den Schwellenwert von 25 Prozent erreicht oder überschritten haben, profitieren von einem *Grandfathering* und mussten bei Inkrafttreten der GAFI-Bestimmungen keine Meldung nach Art. 697*j* OR vornehmen.[124] Da die Übergangsbestimmungen des Global-Forum-Gesetzes nichts anderes anordnen, besteht dieses *Grandfathering* weiter. Dies bedeutet, dass ein Gesellschafter keine Meldepflicht hat, wenn er den Schwellenwert von 25 Prozent vor dem 1. Juli 2015 erreicht oder überschritten hat.[125] Das gilt auch, wenn er seither zusätzliche Anteile erworben hat oder in Zukunft erwerben wird, denn damit wird der Schwellenwert von 25 Prozent weder erreicht noch überschritten.[126]

Die gleichen Überlegungen müssen für die neu eingeführten Meldungen nach Art. 697*j* Abs. 2 und 3 nOR gelten. Wenn ein Aktionär bezüglich Aktien, die er vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung erworben hat, keine entsprechende Meldungen abgegeben hat, so kann ihm dies nicht entgegengehalten werden, sofern die Meldung unter altem Recht korrekt war. Auch muss er die Meldung nicht nachholen.

Ist bei Inkrafttreten des neuen Rechts eine Meldung betreffend Änderung des Namens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person noch nicht vorgenommen worden, so beginnt die Frist von drei Monaten[127] bei Inkrafttreten des neuen Rechts.[128]

IV. Verzeichnisführungspflichten

1. Neue strafrechtliche Sanktionen

Eine signifikante Verschärfung bewirkt die Gesetzesnovelle im Bereich der Pflichten des Verwaltungsrats und der Geschäftsführer, da neu die nicht pflichtgemässe Führung von Verzeichnissen strafrechtlich sanktioniert wird.[129] Nach Art. 327*a* nStGB wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich bestimmte Verzeichnisse nicht vorschriftsgemäss führt oder die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt. Auch bei dieser Strafnorm handelt es sich um eine Übertretung.[130] Konkret erfasst sie folgende Verzeichnisse der AG und GmbH:[131]

- das Aktienbuch nach Art. 686 Abs. 1–3 und 5 OR;[132]
- das Anteilbuch nach Art. 790 Abs. 1–3 und 5 OR;[133] und
- das Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen an Aktien nach Art. 697*l* OR[134] bzw. an Stammanteilen nach Art. 790*a* Abs. 5 i.V.m. Art. 697*l* OR[135].

Die Führung dieser Verzeichnisse obliegt dem Verwaltungsrat bzw. den Geschäftsführern. Somit unterliegen die entsprechenden Organmitglieder der Strafnorm.[136] Wird die Verzeichnisführung an einen Dritten delegiert, kann nur eine Verletzung ihrer Aufsichtspflicht ein Verschulden der Organmitglieder begründen.[137]

Der Tatbestand wird nur erfüllt, wenn die Organmitglieder die Verzeichnisse vorschriftswidrig führen, also nicht schon deswegen, weil der Inhalt der Verzeichnisse falsch ist; da sich dieser auf Meldungen der Gesellschafter stützt, kann er auch falsch sein, ohne dass eine vorschriftswidrige Verzeichnisführung vorliegt.[138]

[122] Vgl. oben III.1.
[123] *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 12) 105 f.
[124] Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13.12.2013, BBl 2014 605, 667.
[125] *Lukas Glanzmann,* Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 267–312, 278.
[126] Vgl. *Spoerlé* (Fn. 120) N 896.
[127] Vgl. Art 697*j* Abs. 4 nOR.
[128] Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. III.
[129] Da es sich bei diesen Registern um keine Geschäftsbücher handelt, fällt ein entsprechendes Fehlverhalten nicht unter den Straftatbestand der ordnungswidrigen Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB); vgl. *Marcel Alexander Niggli/Nadine Hagenstein,* in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. A., Basel 2019, Art. 325 StGB N 18–25.
[130] Vgl. oben III.2.
[131] Daneben werden auch noch das Verzeichnis der Genossenschafter nach Art. 837 Abs. 1 und 2 OR sowie das Aktienbuch über die Unternehmeraktionäre bzw. das Verzeichnis über deren wirtschaftlich berechtige Personen nach Art. 46 Abs. 3 KAG erfasst.
[132] Art. 327*a* Bst. a nStGB.
[133] Art. 327*b* Bst. a nStGB.
[134] Art. 327*a* Bst. a nStGB.
[135] Art. 327*b* Bst. a nStGB.
[136] Art. 29 StGB.
[137] *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 12) 106.
[138] *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. IV.2.

Problematisch ist der Zusatz, dass auch eine Verletzung der mit den Verzeichnissen verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten strafbar sein soll. Aufgrund des Bestimmtheitsgebots ist diese Norm eng auszulegen und es kann nur eine Verletzung derjenigen Pflichten erfasst sein, die in den im Straftatbestand referenzierten Gesetzesnormen selber enthalten sind. Damit sind nur eine Verletzung der Aufbewahrungspflicht der einer Meldung zugrunde liegenden Belege[139] sowie der Sicherstellung des Zugriffs auf die Verzeichnisse in der Schweiz[140] strafbar. Nicht unter diesen Tatbestand fällt hingegen die Pflicht des Verwaltungsrats, keine Gesellschafter Rechte ausüben zu lassen, die ihre Meldepflichten nicht erfüllt haben.[141] Dies ergibt sich auch daraus, dass Art. 686 Abs. 4 OR, wonach im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär gilt, wer im Aktienbuch eingetragen ist, in der Strafnorm ausdrücklich ausgeklammert ist. Damit gilt auch die bewährte Bundesgerichtspraxis, dass gegenüber der Gesellschaft derjenige als Aktionär gilt, der an der Aktie materiell berechtigt ist,[142] weiter.[143]

Der Straftatbestand gilt auch nicht für die Pflichten in der Liquidation, da die Norm keinen Verweis auf Art. 747 OR enthält.

2. Organisationsmangel

Die nicht vorschriftsgemässe Führung des Aktien- oder Stammanteilbuchs sowie des Verzeichnisses über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigen Personen wird nach Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 nOR neu einen Organisationsmangel darstellen. Diese Bestimmung ist aus folgenden Gründen verfehlt:

Erstens haben nur die Gesellschafter ein Interesse an korrekt geführten Verzeichnissen. Die Gläubiger haben regelmässig kein Recht, Einsicht in diese Verzeichnisse zu nehmen. Der Staat mag zwar auch ein Interesse an einem korrekt geführten Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen haben, doch ist er im Organisationsmangelverfahren nicht klageberechtigt. Entgegen der Aussage in der Botschaft[144] ist ein Aktionär aber nicht auf das Organisationsmangelverfahren angewiesen, um einen Eintrag berichtigen zu lassen oder zu erzwingen. Vielmehr hat jeder Aktionär ein Recht, den ihn betreffenden Eintrag im Aktienbuch zu prüfen und auch richtigstellen zu lassen.[145]

Zweitens zeigt die Praxis, dass die Gerichte dazu neigen, im Rahmen eines Organisationsmangelverfahrens eine Gesellschaft sehr schnell nach den konkursrechtlichen Vorschriften liquidieren zu lassen.[146] Dies ist aber eine völlig unverhältnismässige Sanktion.

V. Auswirkung auf die Revisionsstelle

Bei einer ordentlichen Revision muss die Revisionsstelle Verstösse gegen das Gesetz schriftlich dem Verwaltungsrat melden.[147] Zudem muss sie die Generalversammlung informieren, wenn die Verstösse wesentlich sind oder der Verwaltungsrat aufgrund der schriftlichen Meldung keine angemessenen Massnahmen ergreift.[148] Eine Information der Generalversammlung setzt immer voraus, dass eine wesentliche Gesetzesverletzung vorliegt.[149] Zudem muss die Gesellschaft durch das Fehlverhalten offensichtlich geschädigt worden sein oder geschädigt zu werden drohen.[150] Somit ist es kaum denkbar, dass die Verletzung der Verzeichnisführungspflichten eine Anzeigepflicht an die Generalversammlung auslöst. Hingegen kann die Gesellschaft, wenn sie ihren eigenen Meldepflichten als Aktionärin nicht nachkommt, wegen des damit verbundenen möglichen Verlusts von Rechten durchaus geschädigt werden. Dies könnte bei genügender Erheblichkeit eine Anzeigepflicht an die Generalversammlung begründen.

VI. Kritik

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Umsetzung der Empfehlungen des *Global Forum* gravierende Änderungen im Gesellschaftsrecht bewirkt. Einerseits führen verschiedene Pflichtverletzungen nicht mehr nur zur Verantwortlichkeit, sondern können auch strafbar sein. Anderseits werden

[139] Art. 686 Abs. 5 und Art. 697*l* Abs. 3 OR.
[140] Art. 686 Abs. 1 und Art. 697*l* Abs. 5 OR bzw. Art. 697*l* Abs. 4 nOR.
[141] Art. 697*m* Abs. 4.
[142] BGE 137 III 460 E. 3.2.2; 90 II 164 E. 3. A.M. Botschaft (Fn. 4) 319.
[143] Gl.M. *Spoerlé* (Fn. 17) Kap. IV.1.2.
[144] Botschaft (Fn. 4) 319.
[145] Vgl. z.B. *Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann,* Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 10 N 49; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 6 N 367.
[146] Diese Möglichkeit wird in der Botschaft (Fn. 4) 319 sogar noch besonders hervorgehoben.
[147] Art. 728*c* Abs. 1 OR.
[148] Art. 728*c* Abs. 2 OR.
[149] *Böckli* (Fn. 145) § 15 N 409.
[150] *Böckli* (Fn. 145) § 15 N 407; *Reto Eberle/Daniel Lengnauer,* in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 727–731*a* OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 2016, Art. 728*c* OR N 60.

bestimmte Aktionäre enteignet, wenn sie nicht fristgemäss gewisse Handlungen vornehmen; dies, obwohl sie sich mit der Aktienzeichnung zu nichts anderem verpflichtet haben als zur Bezahlung des Ausgabebetrags[151] und von der Gesellschaft unter Umständen nie über ihre Meldepflicht aufgeklärt worden sind. Und schliesslich werden mit der Ausweitung des Organisationsmangelverfahrens zahlreiche Gesellschaften dem Damoklesschwert entsprechender Klagen unterworfen.

Die strafrechtlichen Sanktionen werden damit gerechtfertigt, dass sie eine abschreckende Wirkung hätten.[152] Diese tritt aber nur ein, wenn die Sanktionen bekannt sind. Anders als z.B. die Einführung eines «Rasertatbestands» wurden die seit 1. Juli 2015 in Kraft stehenden GAFI-Bestimmungen von der Öffentlichkeit aber kaum zur Kenntnis genommen. Aus diesem Grund haben unzählige KMUs sie noch nicht umgesetzt. Es ist zu befürchten, dass beim Global-Forum-Gesetz dasselbe passieren wird. Damit fördern diese Sanktionen nicht ein pflichtgemässes Verhalten, sondern führen zu einer Kriminalisierung zahlreicher Organmitglieder und Gesellschafter, obwohl sie weder Geldwäscherei noch Steuerhinterziehung betrieben haben. Hinzu kommt, dass die Straftatbestände bei einem Streit unter den Gesellschaftern oder zwischen den Gesellschaftern und den Gesellschaftsorganen instrumentalisiert werden dürften. Das Gleiche gilt für die Klagen wegen eines Organisationsmangels.

VII. Empfehlungen

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen empfiehlt sich folgendes Vorgehen:

Jede Aktiengesellschaft und GmbH sollte sicherstellen, dass:

- sämtliche Verzeichnisse der Gesellschaft pflichtgemäss geführt sind;
- keine Gesellschafter unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben;
- die einer Meldung zugrunde liegenden Belege pflichtgemäss aufbewahrt werden;
- auf die Verzeichnisse in der Schweiz zugegriffen werden kann;
- noch bestehende Inhaberaktien – sofern sie keine Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert hat – (i) als Bucheffekten ausgestaltet werden oder (ii) in Namenaktien umgewandelt und ausstehende Inhaberaktientitel eingezogen werden;
- allenfalls die Eintragung im Handelsregister gemäss Art. 622 Abs. 2bis nOR veranlasst wird.

Jeder Gesellschafter sollte sicherstellen, dass:

- eine erforderliche Meldung bezüglich Inhaberaktien korrekt erfolgt ist und die Eintragung im Verzeichnis stimmt;
- eine erforderliche Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person korrekt erfolgt ist und die Tatsachen nach Art. 697*j* Abs. 2 und 3 nOR gemeldet worden sind;
- die Angaben zur gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Person noch stimmen.

Jeder Pfandgläubiger oder Sicherungseigentümer von Inhaberaktien sollte seine Rechtsstellung genau analysieren und allenfalls darauf hinwirken, dass die Inhaber- in Namenaktien umgewandelt werden.

[151] Art. 680 Abs. 1 OR.
[152] Botschaft (Fn. 4) 300.