

Rechtsmängel bei der Übertragung von Aktien

694



Lic. iur. OLIVER BLUM,
M.A.E.S., LL.M.,
Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Gültigkeitsvoraussetzungen der Aktienübertragung
- III. Mögliche Übertragungsmängel
 - A. Verwahrte Aktien und Bucheffekten
 - B. Nicht verwahrte Aktien
 - 1. Übersicht
 - 2. Formen von Übertragungsmängeln
 - a. Bei in Wertpapieren verbrieften Aktien
 - b. Bei unverbrieften Aktien
 - c. Bei vinkulierten Namenaktien
- IV. Nachbesserungsmöglichkeiten in der Praxis
- V. Auswirkungen auf Generalversammlungsbeschlüsse

I. Einleitung

Die formellen Anforderungen an eine gültige Aktienübertragung sind nicht ganz frei von Tücken. Vor allem im Bereich der kleineren Gesellschaften, deren Aktien nicht gehandelt werden, kommt es in der Praxis recht oft zu formellen Übertragungsfehlern. Der vorliegende Beitrag beleuchtet zunächst näher die einzelnen Fehlerquellen, untersucht die Rechtsfolgen und macht schliesslich praktische Lösungsvorschläge.

II. Gültigkeitsvoraussetzungen der Aktienübertragung

Die Übertragung von Aktien ist an bestimmte *Formerfordernisse* gebunden: Die verbrieft Namenaktie wird durch Übergabe des indossierten Papiers¹ oder mittels einer separaten Abtretungserklärung und Übergabe der Urkunde² übertragen. Für die Übertragung einer Inhaberaktie, über die ein Wertpapier besteht, muss der Besitz an der Urkunde

übertragen werden³. Unverbrieft Namen- oder Inhaberaktien werden durch Zession übertragen⁴. Schliesslich sind noch die Rektaaktien zu erwähnen, welche kraft entsprechender Statutenbestimmung nur durch Übertragung des Besitzes am Aktientitel und zusätzlicher Zession übertragen werden können⁵.

Eine "Zession an der Urkunde vorbei" ist nicht möglich; sind die Aktientitel gültig als Wertpapiere ausgestellt, so können die darin verbrieften Rechte nur zusammen mit der Urkunde übertragen werden⁶.

Materiell muss zudem für die gültige Übertragung einer verbrieften Namen- oder Inhaberaktie ein *gültiges Verpflichtungsgeschäft* vorliegen, die Verfügung ist also in diesem Sinne kausal⁷; hingegen ist umstritten, ob dies auch bei unverbrieften Aktien sowie bei Rektaaktien der Fall ist⁸. Für eine differenzierte Betrachtungsweise treten MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE ein: Gemäss ihrem Konzept der "begrenzten Kausalität" der Zession soll die Abtretung als grundsätzlich kausales Verfügungsgeschäft bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts ebenfalls ungültig sein, es sei denn, der Zessionar habe im Vertrauen auf die Gültigkeit der Abtretung bereits seinerseits Verfügungen gegenüber dem Zedenten oder gegenüber Dritten (insbesondere Weiterzession) vorgenommen⁹.

Die Frage der Gültigkeit des Grundgeschäfts ist zu trennen von der Frage der *Rechtszuständigkeit des Veräusserers*: Ist der Veräusserer einer in einem Wertpapier verbrieften Aktie in Wirklichkeit nicht deren Eigentümer, so kann der Erwerber dennoch das Eigentum an der Aktie erlangen, sofern er bezüglich der Rechtszuständigkeit seines Vertrags-

Der Autor dankt lic. iur. MARTIN WYSER für die juristische Unterstützung.

- 1 Art. 684 Abs. 2 OR.
- 2 PETER JÄGGI, in: E. BECK et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V/7, Zürich 1959, N 90 ff. zu Art. 967 OR; BGE 124 III 350 E 2.c.
- 3 Art. 967 Abs. 1 OR; ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. A., Bern 2000, § 2 N 157.
- 4 PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 102.
- 5 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 44 N 96 f.
- 6 Art. 967 Abs. 1 OR; JÄGGI (FN 2), N 80 zu Art. 967 OR; BGE 124 II 350 E 2.c.
- 7 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 3), § 2 N 157, 198.
- 8 Vgl. zum Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung, ob die Zession ein abstraktes oder kausales Geschäft sei: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÜRGEN SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, N 3710 ff. und MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 3), § 2 N 13 ff.
- 9 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 3), § 2 N 17 ff.

partners gutgläubig ist (bei Inhaberaktien)¹⁰ bzw. – im Fall von Namenaktien – nicht grobfahrlässig oder absichtlich die fehlende Rechtszuständigkeit ignoriert¹¹; hingegen kann das Eigentum an unverbrieften Aktien sowie an Rektaaktien vom nicht rechtszuständigen Veräusserer nicht gutgläubig erworben werden, da bei der Übertragungsform der Zession kein Gutgläubensschutz bezüglich der Verfügungsmacht besteht¹².

Wiederum eine andere Frage ist schliesslich die der *Gültigkeit des Aktientitels*. Hier gilt, dass der gute Glaube bezüglich des Bestandes des verbrieften Rechts – anders als im allgemeinen Wertpapierrecht – nicht geschützt wird; wer also ein Aktienzertifikat erwirbt, welches nicht rechtsgültig ausgestellt wurde, wird nicht Aktionär der betreffenden Gesellschaft¹³.

Schliesslich ist zu beachten, dass bei vinkulierten Namenaktien als weiteres Gültigkeitserfordernis für die Aktienübertragung die Zustimmung der Gesellschaft – bzw., genauer gesagt, die Nichtverweigerung der Zustimmung innert der anwendbaren gesetzlichen Frist – hinzukommt¹⁴.

III. Mögliche Übertragungsmängel

A. Verwahrte Aktien und Bucheffekten

Über börslich und ausserbörslich gehandelte Aktien werden heute normalerweise keine Zertifikate mehr zuhanden des Aktionärs ausgestellt, sondern die Aktien werden – in Form von Zertifikaten oder Globalurkunden – zentral verwahrt oder sogar nur noch als reine Wertrechte (Bucheffekten) bloss buchmässig geführt.

Bei den sammelverwahrten oder in Globalurkunden verbrieften Aktien stellen sich keine besonderen Übertragungsprobleme: Das Miteigentum wird durch Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes übertragen, wobei dafür regelmässig Traditionssurrogate¹⁵ zur Anwendung kommen. Papierlose Aktien müssen durch Zession übertragen werden; im Interesse einer effizienten Abwicklung lässt man den Aktionär deshalb in der Regel eine Abtretungsvollmacht zugunsten der Gesellschaft oder der buchführenden Bank oder eine aufschiebend bedingte Blankozession erteilen^{16,17}.

Mit dem geplanten Bucheffektengesetz¹⁸ soll die Form der Übertragung von verwahrten Wertpapieren sowie Wertrechten vereinheitlicht werden: Zukünftig ist die Einbuchung im Effektenkonto des Erwerbers konstitutiv für den Rechtsübergang¹⁹. Gemäss dem vorgeschlagenen neuen Gesetz wird zudem die Übertragung von Bucheffekten abstrakt, d.h. unabhängig von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes, gültig sein²⁰.

B. Nicht verwahrte Aktien

1. Übersicht

Die Veräusserer und Erwerber von nicht börslich oder ausserbörslich gehandelten Aktien müssen ohne institu-

tionalisierte Intermediäre auskommen und die gesetzlich vorgeschriebenen Übertragungshandlungen selber und im direkten Verkehr vornehmen. Aufgrund der recht hohen Anforderungen, welche die Formvorschriften im Zusammenhang mit diesen Übertragungshandlungen stellen, kommt es dabei in der Praxis oft zu formungültigen Übertragungen, was zur Folge hat, dass der vermeintliche Erwerber nicht Aktionär wird, sondern das Eigentum an den betreffenden Aktien beim Veräusserer verbleibt²¹. Es ist davon auszugehen, dass zahlreiche in der Form von Aktiengesellschaften organisierte schweizerische KMUs *de iure* nicht denjenigen Personen gehören, welche davon ausgehen, dass sie die Aktionärsstellung rechtmässig derivativ erworben haben.

10 Art. 935 ZGB.

11 Art. 1152 Abs. 2 i.V.m. 1006 Abs. 2 OR.

12 EUGEN SPIRIG, in: PETER GAUCH/EUGEN SPIRIG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V/1k, Zürich 1993, N 68 f. zu Art. 164 OR.

13 Dies gilt sowohl für den Fall der Ausstellung eines ungültigen Titels an einen an und für sich berechtigten Aktionär (vgl. z.B. Art. 644 Abs. 1 OR und 683 Abs. 2 OR) als auch für die Ausgabe eines Aktienzertifikates an eine Person, welche tatsächlich gar nicht Aktionär ist (MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE [FN 3], § 19 N 10 ff. und 23).

14 Art. 685c Abs. 3 und 685g OR.

15 Insbesondere die Besitzanweisung (Art. 924 ZGB).

16 Vgl. dazu PETER FORSTMOSER/THOMAS LÖRTSCHER, Namenaktien mit aufgeschobenem Titeldruck, SAG 59 (1987), 53.

17 Ausführlich zu diesen Mechanismen und den damit verbundenen (theoretischen) Problemen: BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Übertragung und Verwahrung von Wertpapieren im nationalen und internationalen Recht, recht 2005, 185 ff. und ARTHUR MEIER-HAYOZ, Abschied vom Wertpapier?, ZBJV 122 (1986) 385 ff.

18 BBI 2006 9421. Vgl. auch Botschaft zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen (BBI 2006 9315) sowie den Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten (Bucheffektengesetz) und zur Ratifikation des Haager Übereinkommens über die auf bestimmte Rechte an intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung (Haager Wertpapierübereinkommen) vom 15. Juni 2004 auf <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00896/index.html>.

19 Art. 24 Abs. 2 E BEG.

20 Dies muss *e contrario* aus Art. 27 und 28 E BEG geschlossen werden, welche die Stornierungen von Belastungen und Gutschriften (nur) zulassen, wenn bestimmte Mängel in der Weisung des Kontoinhabers an seine Verwahrungsstelle vorliegen. Diese Weisung ist ja aber nur Teil des Verfügungsgeschäfts; auf das zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft hingegen nimmt das E BEG nicht Bezug.

21 Naturgemäss gibt es diesbezüglich keine statistischen Angaben, aber dem Autor begegnen in der Praxis, insbesondere bei Due Diligence-Prüfungen, immer wieder Belege für solche rechtsungültigen Aktienübertragungen.

2. Formen von Übertragungsmängeln

a. Bei in Wertpapieren verbrieften Aktien

Formelle Fehler bei der Übertragungshandlung selber sind hier relativ selten, da auch dem Laien ohne weiteres klar ist, dass für die Rechtsübertragung die Übergabe des Papiers (direkt oder durch Traditionssurrogate) nötig ist und meistens auch bekannt ist, dass – und wie – Namenaktien zu indossieren sind²². Probleme können sich hier höchstens durch ein formell fehlerhaftes Indossament ergeben²³.

Häufiger kommt es hingegen vor, dass verbrieft Aktien zwar formell korrekt übertragen werden, ein Rechtsübergang aber dennoch nicht stattfindet, weil *das übertragene Wertpapier ungültig ist*, z.B. weil das Zertifikat vor der Gründungseintragung der Gesellschaft im Handelsregister ausgegeben wurde²⁴ oder weil zu einem Zeitpunkt, als die fragliche Aktie noch nicht verbrieft war, eine vermeintliche Übertragung tatsächlich ungültig erfolgte²⁵ und das Aktienzertifikat deshalb später an einen Nichtaktionär ausgegeben wurde²⁶. Alle nachfolgenden Übertragungen dieses ungültigen Titels vermögen sodann dem jeweiligen Erwerber die Aktionärsstellung nicht zu vermitteln.

b. Bei unverbrieften Aktien

Die meisten fehlerhaften Übertragungen finden in der Praxis wohl im Zusammenhang mit nicht verbrieften Aktien²⁷ statt. Insbesondere ist den Parteien oft nicht bewusst, dass die Aktienübertragung aus (formfreiem) Verpflichtungs- und (formgebundenem) Verfügungsgeschäft besteht; so wird oft übersehen, dass es je nach gewähltem Wortlaut u.U. nicht genügt, dass der Veräusserer den Aktienkaufvertrag unterzeichnet, sondern dass zusätzlich eine *schriftliche Abtretungserklärung* nötig ist²⁸. Ebenfalls kommt es vor, dass der Vertragswortlaut die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft durchaus richtig wiedergibt²⁹, die schriftliche Abtretungserklärung aber später dennoch unterbleibt. Auch wird etwa bei Erbteilungen oft vergessen, unverbriefte Aktien aus der Erbmasse formell korrekt auf die einzelnen Erben zu übertragen³⁰.

Ist eine solche ungültige Übertragung einmal erfolgt, so perpetuiert sich wegen des *fehlenden Gutgläubensschutzes*³¹ das Problem, indem alle nachfolgenden – auch formell korrekten – Aktienübertragungen ebenfalls ungültig bleiben und auch Aktienzertifikate an den vermeintlichen Erwerber bzw. dessen vermeintliche Rechtsnachfolger nicht gültig ausgestellt werden können.

Unsicherheiten ergeben sich auch im Zusammenhang mit *treuhänderischen Gründungen*³² und *Qualifikationsaktien*³³ von treuhänderisch tätigen Verwaltungsratsmitgliedern: Oft wird vergessen, nach der Gründung bzw. nach dem Ausscheiden des Verwaltungsratsmitglieds die fraglichen Aktien (formell richtig) an den wirtschaftlich Berechtigten oder gegebenenfalls an den Nachfolger im Verwaltungsrat zu übertragen. In diesen Fällen gehen die Aktien allerdings gemäss Art. 401 Abs. 1 OR qua *Legalzession* auf den Treugeber über, wenn und sobald das Auftragsverhältnis been-

det ist und dem Treuhänder die entsprechenden Aufwendungen³⁴ ersetzt worden sind³⁵. Allenfalls kann sich im Fall der Gesellschaftsgründung die Frage stellen, ob tatsächlich eine nur treuhänderische Teilnahme einzelner Aktionäre vorliege; die für treuhänderische Gründungen typische Aktienaufteilung³⁶ sowie die Aufbringung des gesamten Liberierungsbetrages durch den wirtschaftlich Berechtigten erlauben m.E. die Vermutung, dass es sich um eine treuhänderische Gründung handelt. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang die notarielle Praxis in einzelnen Kantonen, in der Gründungsurkunde ausdrücklich festzuhalten, dass und für wen ein Gründer treuhänderisch handelt.

22 Oft finden sich ja auf den gängigen Zertifikatsvordrucken auf der Rückseite entsprechende Formularfelder.

23 Hingegen macht die *Ungültigkeit* eines Indossaments (z.B. aufgrund von Handlungsunfähigkeit des Indossanten) die Übertragung der Namenaktie nicht ohne weiteres ungültig, sondern nur unter den Voraussetzungen von Art. 1006 Abs. 2 OR (MARC GRÜNINGER/BRUNO HUNZIKER/GERHARD ROTH, in: HEINRICH HONSELL et al. [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 4 zu Art. 1006 OR, N 12 zu Art. 1007 OR).

24 Art. 644 Abs. 1 OR.

25 Vgl. dazu III.B.2.b hinten.

26 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 3), § 19 N 13.

27 Das hier Gesagte gilt sinngemäss auch für Rektaaktien, da diese ebenfalls durch Zession zu übertragen sind.

28 Vgl. für ein illustratives Beispiel BGE 90 II 164, wo es dem Beklagten trotz einiger fantasievoller Argumente nicht gelang, das Bundesgericht dazu zu bewegen, die Aktienabtretung in die schriftlich abgegebene Verpflichtungserklärung hineinzuinterpretieren.

29 Z.B. soll die Aktienübertragung "Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises" erfolgen.

30 Dem Erbteilungsvertrag kommt grundsätzlich nur die Bedeutung des obligatorischen Verpflichtungsgeschäftes zu; soll er gleichzeitig auch den Übergang von Aktiven aus der Erbmasse bewirken, deren Übertragung formbedürftig ist, so müssen die entsprechenden Klauseln so formuliert werden, dass der Erbvertrag gleichzeitig auch die Funktion des Verfügungsgeschäfts erfüllt (PETER SCHAUFELBERGER, in: HEINRICH HONSELL et al. [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. A., Basel 2003, N 25 zu Art. 634 ZGB).

31 Vgl. II vorne.

32 Zur Zeit schreibt das schweizerische Aktienrecht ja noch die Gründung durch mindestens drei Aktionäre vor (Art. 625 Abs. 1 OR); diese Antiquität wird mit der demnächst in Kraft tretenden Revision vom 7. Oktober 2005 abgeschafft (vgl. Art. 625 nOR).

33 Art. 707 Abs. 1 OR. Auch dieses veraltete Erfordernis wird mit der kommenden Gesetzesänderung wegfallen (vgl. Art. 707 Abs. 1 nOR).

34 Insbesondere der durch den Treuhänder erbrachte Liberierungsbetrag.

35 BGE 124 III 350.

36 Zeichnung nur je einer Aktie durch die treuhänderischen Gründer.

c. Bei vinkulierten Namenaktien

Oft wird in der Praxis schliesslich auch vergessen, die *Genehmigung der Gesellschaft* zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien einzuholen bzw. wenigstens den entsprechenden Antrag zu stellen, damit die Übertragung nach Ablauf der anwendbaren gesetzlichen Frist³⁷ als genehmigt gilt. Eine solche "Übertragung" bleibt ungültig.

Allerdings kann eine solche Ungültigkeit nachträglich "geheilt" werden, nämlich dann, wenn der vermeintliche Erwerber, welcher damals die Einholung der Genehmigung für seinen Erwerb verpasst hat, die Aktien nun weiterveräussert und der neue Erwerber seinerseits bei der Gesellschaft Genehmigung der neuesten Aktienübertragung erwirkt. Die vorbehaltlose Genehmigung dieses zweiten Transfers in Kenntnis der Identität des Veräusserers muss als implizite nachträgliche Genehmigung auch von dessen eigenem damaligen Aktienerwerb ausgelegt werden³⁸.

Eine implizite Genehmigung kann auch etwa angenommen werden, wenn das einzige Mitglied des Verwaltungsrats den Erwerber im Aktienbuch der Gesellschaft einträgt oder ein neu an den Erwerber ausgestelltes Aktienzertifikat unterzeichnet³⁹. Hat der Verwaltungsrat mehr als ein Mitglied, so müssen alle Mitglieder auf dem Aktienzertifikat oder im Aktienbuch unterschreiben, um die Annahme einer impliziten Genehmigung zu ermöglichen, da eine solche Genehmigung in der Form eines *Verwaltungsratsbeschlusses* zu erfolgen hat⁴⁰.

Auch für die Veräusserung von Aktien durch das einzige Verwaltungsratsmitglied wird man wohl keine formelle Genehmigung verlangen können, sondern wird auch hier eine implizite Genehmigung annehmen müssen⁴¹.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine Vinkulierung der Aktien, bzw. die fehlende Genehmigung der Aktienübertragung, auch einer *Legalzession* gemäss Art. 401 Abs. 1 OR⁴² entgegensteht⁴³.

IV. Nachbesserungsmöglichkeiten in der Praxis

Stellt ein Kaufinteressent in einer Due Diligence-Prüfung fest, dass aufgrund früherer Übertragungsmängel der Verkäufer gar nicht Eigentümer der angebotenen Aktien ist, so wird er vom Verkäufer verlangen, dass dieser zunächst korrekt Eigentum an den Aktien erwirbt, damit die bevorstehende Aktienübertragung gültig vollzogen werden kann.

Der Verkäufer wird dabei nicht umhinkommen, die relevanten, in der Vergangenheit nur vermeintlich erfolgten Aktienübertragungen nun nachzuholen. Dabei sind folgende Besonderheiten zu beachten:

Zunächst ist mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass die in der Praxis manchmal anzutreffende "Lösung", einfach neue Aktienzertifikate an den Verkäufer auszustellen, an der Rechtslage – fehlendes Eigentum dieser Partei an den Aktien – selbstverständlich nichts zu ändern vermag⁴⁴. Vielmehr muss eine *lückenlose Übertragungskette* von den

Gründeraktionären bis zum heutigen vermeintlichen Aktionär geschaffen werden.

Schlimmstenfalls muss man also bis zurück zu den *Gesellschaftsgründern* (bzw. gegebenenfalls zu deren Erben) zurückgehen, um sie um nachträgliche Vornahme der formell korrekten Übertragungshandlungen zu ersuchen. Sind seit der Gründung mehrere Übertragungen erfolgt, so muss nun allerdings nicht die ganze Übertragungskette "repariert" werden. Vielmehr genügt es aus aktien- und wertpapierrechtlicher Sicht, zu demjenigen Veräusserer zurückzugehen, welcher die erste ungültige Übertragungshandlung vorgenommen hat (und deshalb nach wie vor Aktionär ist); dieser kann dann die Aktien direkt an den vermeintlichen heutigen Aktionär übertragen. Dies kann zwar theoretisch vertragsrechtliche Probleme schaffen: Der "Erwerber" aus der ersten formungültigen Übertragung wird ja – sofern noch keine Verjährung eingetreten ist – in der Regel einen Anspruch auf Übertragung der Aktien aus einem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft haben. Will er diesen nun aber geltend machen, so wird man ihm wohl Rechtsmissbrauch entgegenhalten können, da er ja seinerseits ebenso nach wie vor verpflichtet wäre, die Aktien in der Kette umgehend an seinen damaligen Käufer weiterzugeben. Es wird aber sicher im Einzelfall zu prüfen sein, ob es nicht doch ratsamer ist, die vermeintliche Übertragungskette Schritt für Schritt formell richtig nachzuvollziehen.

V. Auswirkungen auf Generalversammlungsbeschlüsse

Abschliessend soll noch kurz die Frage beleuchtet werden, welches das rechtliche Schicksal von Generalversammlungsbeschlüssen ist, welche durch Personen gefasst wurden, die aufgrund der oben beschriebenen ungültigen Aktienübertragungen tatsächlich gar nicht Aktionäre waren.

37 Art. 685c Abs. 3 oder 685g OR.

38 Die Genehmigung der Aktienübertragung kann auch durch konkludente Handlung erfolgen, vgl. WOLFHART BÜRGI, in: E. BECK et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V/5/b/1, Zürich 1957, N 43 zu Art. 686 aOR.

39 Dies setzt natürlich voraus, dass die Statuten – wie üblich – vorsehen, dass die Genehmigung im Namen der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat erteilt wird.

40 MATTHIAS OERTLE/SHELBY DU PASQUIER, in: HEINRICH HONSELL et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 8 zu Art. 685a OR.

41 Wiederum natürlich nur, sofern der Genehmigungsbeschluss dem Verwaltungsrat vorbehalten ist.

42 Vgl. III.B.2.b vorne.

43 BGE 124 III 350 E 2.d.

44 MEYER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 3), § 19 N 13; MARKUS VISCHER, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 101 (2005), 238.

Ausgehen ist zunächst von der gesetzlichen Regelung: Gegenüber der Gesellschaft gilt als Aktionär, wer sich entsprechend den gesetzlichen Anforderungen als solcher ausweist⁴⁵. Die Gesellschaft darf (und muss) eine Person, welche sich so ausweist, rechtsgültig als Aktionär behandeln, solange sie bezüglich der Richtigkeit dieses Ausweises gutgläubig ist⁴⁶.

Andererseits ist ein Generalversammlungsbeschluss anfechtbar, wenn daran Personen mitwirken, die zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht befugt sind⁴⁷. Sinngemäss soll dies auch im umgekehrten Fall gelten, wo Berechtigte an der Teilnahme an der Generalversammlung gehindert werden⁴⁸. Überschreitung gewisser Massgeblichkeitsgrenzen in beiden Fällen hat sogar Nichtigkeit der fraglichen Beschlüsse zur Folge⁴⁹.

Die verfügbare Literatur und Judikatur befasst sich allerdings soweit ersichtlich nie mit der hier interessierenden speziellen Konstellation, wo eine Generalversammlung durch Personen abgehalten wird, welche (aufgrund von vergangenen Übertragungsfehlern) zwar materiell nicht Aktionäre sind, sich aber formell richtig als solche ausweisen und auch alle Beteiligten in guten Treuen davon ausgehen, dass der formelle Rechtsschein die materielle Rechtslage widerspiegeln. Vielmehr geht es in den relevanten Fundstellen immer um Konstellationen, wo entweder die Gesellschaft bösgläubig Berechtigte von der Teilnahme an der Generalversammlung ausschliesst bzw. Unberechtigte zulässt, oder aber formell Berechtigte unter Verletzung von Gesetz⁵⁰ oder guten Sitten⁵¹ an der Generalversammlung teilnehmen⁵².

Gestützt darauf wird hier vertreten, dass ein Generalversammlungsbeschluss, der einerseits durch Personen gefasst wird, welche aufgrund der oben beschriebenen fehlerhaften Aktienübertragungen tatsächlich nicht Aktionäre sind, und an welchem andererseits – zwangsläufig – die tatsächlichen Aktionäre nicht mitwirken, dennoch nicht anfechtbar ist, wenn die vermeintlichen Aktionäre sich gemäss den gesetzlichen Anforderungen als solche ausgewiesen haben und die Gesellschaft in guten Treuen davon ausgegangen ist, dass dieser Ausweis der formellen Rechtslage entspreche. Dies deshalb, weil ein solcher Generalversammlungsbeschluss nicht "gegen das Gesetz oder die Statuten" verstösst⁵³. Umso weniger kann ein solcher Beschluss nichtig sein. Diese Auffassung schafft in der Praxis keine unbilligen Ergebnisse, da kein legitimes Interesse irgendeiner beteiligten Partei oder eines Dritten ersichtlich wäre, einen solchen Generalversammlungsbeschluss umstossen zu können, wurde er doch von denjenigen Personen gefasst, welche nach dem Willen der Direktbetroffenen (Verkäufer und Käufer) Träger der Aktionärsrechte sein sollten und dies zumindest gemäss dem äusseren Rechtsschein auch waren.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass diese Rechtslage speziell für den Rechtsberater insofern pikant ist, als seine Due Diligence-Erkenntnisse bezüglich vergangener fehlerhafter Aktienübertragungen natürlich den *guten Glauben* seines Klienten – und damit früher oder später auch denjenigen der Gesellschaft – zerstören, womit zumindest für die Zukunft gültige Generalversammlungsbeschlüsse

durch den vermeintlichen Aktionär erst dann wieder gefasst werden können, wenn die Übertragungslücken geschlossen sind⁵⁴.

- 45 Bei Namenaktien durch Eintrag im Aktienbuch (Art. 686 Abs. 4 und 689a Abs. 1 OR), bei verbrieften Inhaberaktien durch Vorlage des Aktientitels (Art. 689a Abs. 2 und 978 Abs. 1 OR) und bei unverbrieften Inhaberaktien durch Nachweis der materiellen Berechtigung (Gründereigenschaft oder Zessionskette) sowie Identitätsausweis (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, §12 N 130).
- 46 BÖCKLI (FN 45), § 6 N 320; THOMAS VON BALLMOOS, Legitimation und materielle Berechtigung – von der Bedeutung und den Folgen des Aktienbucheintrags unter neuem Aktienrecht bei börsenkotierten Gesellschaften, in: ROLAND VON BÜREN (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 3 f.; BGE 4C.275/2005 E 2.1; BGE 109 II 239.
- 47 Art. 691 Abs. 3 OR.
- 48 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 25 N 34; VON BALLMOOS (FN 46), 10 m.w.H.
- 49 Vgl. die Kasuistik in FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 25 N 118 ff. sowie VON BALLMOOS (FN 46), 10 f. m.w.H.
- 50 Z.B. Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen oder Verstoß gegen Art. 689b Abs. 2 OR.
- 51 Z.B. Stimmenkauf.
- 52 Vgl. z.B. BÖCKLI (FN 45), § 12 N 501; BÜRGI (FN 38), N 33 ff. zu Art. 691 OR; VON BALLMOOS (FN 46), 9 f.; CHRISTOPH STUDER, Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Bern 1995, 124; PETER HAEFLIGER, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Bern 1978, 21; IVO SCHWANDER/DIETER DUBS, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht – Gegenstand, Verhältnis zur Anfechtungsklage und prozessuale Fragen, in: ROLAND VON BÜREN, Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 344 ff.; PETER JÄGGI, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961, 397 ff.; BGE 53 II 42; BGE 71 II 277; BGE 96 II 18; BGE 4C.275/2005.
- 53 Art. 706 Abs. 1 OR.
- 54 Vgl. IV vorne.

Les exigences formelles pour le transfert valable d'actions sont assez élevées pour un non professionnel, spécialement en cas d'actions non matérialisées qui doivent être transférées par cession. Les restrictions de transfert, les partages successoraux, les constitutions à titre fiduciaire et les actions d'administrateur représentent des pièges supplémentaires. A cause du défaut de la protection de la bonne foi, un transfert vicié d'actions affecte tous les "transferts" subséquents, ce qui fait que beaucoup de PME n'appartiennent vraisemblablement pas juridiquement aux personnes qui croient en être les actionnaires.

Le vice ne peut être réparé que si l'aliénateur du premier transfert vicié effectuée à nouveau l'acte de disposition nécessaire – cette fois-ci, de manière plus opportune, directement en faveur de l'actuel actionnaire présumé.

Toutefois, selon l'avis défendu ici, les décisions prises en assemblée générale par des non actionnaires effectifs suite à un transfert vicié, sont valables, en tout cas aussi longtemps que la société est de bonne foi concernant leur statut d'actionnaires.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)