



Lukas Glanzmann* / Philip Spoerlé**

Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?

Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verbreitung und Charakteristik der Inhaberaktie
 1. Verbreitung der Inhaberaktie in der Schweiz
 2. Charakteristik der Inhaberaktie
 - 2.1 Unterschiede zur Namenaktie
 - 2.2 Vor- und Nachteile gegenüber der Namenaktie
- III. Zweck des Gesetzesentwurfs
 1. GAFI und Global Forum
 2. Vorgaben zur Transparenz von juristischen Personen
 - 2.1 GAFI Empfehlung 24
 - 2.2 Vorgaben des Global Forum
 - 2.3 Konsequenzen für die Schweiz
- IV. Regelungen des Gesetzesentwurfs
 1. Übersicht
 2. Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien
 - 2.1 Gesetzeswortlaut
 - 2.2 Gegenstand der Meldepflicht
 - 2.3 Entstehen der Meldepflicht
 - 2.4 Ausnahmen von der Meldepflicht
 - a. Börsennotierte Aktien
 - b. Bucheffekten
 - 2.5 Modalitäten der Meldung
 3. Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Person
 - 3.1 Gesetzeswortlaut
 - 3.2 Gegenstand der Meldepflicht
 - 3.3 Entstehen der Meldepflicht und Inhalt der Meldung
 - a. Allgemeines
 - b. Grenzwert
 - c. Wirtschaftlich berechtigte Person
 - 3.4 Ausnahmen von der Meldepflicht
 - 3.5 Weitere Modalitäten der Meldung
 4. Alternative Meldung an einen Finanzintermediär
 - 4.1 Gesetzeswortlaut und Zweck
 - 4.2 Erfasste Titel
 - 4.3 Kompetenzverteilung
 - 4.4 Kooperation zwischen Gesellschaft und Finanzintermediär

5. Verzeichnis über Inhaberaktionäre
 - 5.1 Gesetzeswortlaut
 - 5.2 Adressat der Verzeichnisführungspflicht
 - 5.3 Gegenstand der Eintragung
 - 5.4 Einsichtnahme ins Verzeichnis
 - 5.5 Verhältnis zwischen Verzeichnis und Aktienbuch
 - 5.6 Zugang und Aufbewahrungsdauer
 - a. Aufbewahrungsdauer
 - b. Zugriff in der Schweiz
6. Rechtsfolgen bei Verletzung der Meldepflichten
 - 6.1 Gesellschaftsrechtliche Sanktionen
 - a. Mitgliedschaftsrechte
 - b. Vermögensrechte
 - c. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats und Anfechtung nach Art. 691 Abs. 3 OR
 - 6.2 Strafrechtliche Sanktionen
 - 6.3 Ungleiche Rechtsfolgen für Aktionäre
7. Übergangsbestimmungen
 - 7.1 Anpassung von Statuten und Reglementen
 - 7.2 Meldepflichten
- V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Die Inhaberaktie steht unter Druck. In den letzten Jahren wurde insbesondere vor dem Hintergrund der Geldwäschereiprävention zuerst die Einführung einer Melde- und Ausweispflicht für Inhaberaktionäre¹ und danach sogar deren Abschaffung² vorgeschlagen. Eine formelle Abschaffung hat aber bis heute keine politische Mehrheit³ gefunden und scheint momentan – zumindest auf absehbare Zeit – vom Tisch zu sein.

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zürich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der vorliegende Aufsatz basiert auf einem Referat, das der Autor anlässlich des St. Galler Aktienrechtsforums vom 6. November 2013 gehalten hat. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakermckenzie.com).

** M.A. HSG (Law & Economics), Rechtsanwalt. Der Autor verfasst zurzeit eine Dissertation zum Thema Inhaberaktien.

¹ Vgl. Vorentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux vom 13. Januar 2005, erhältlich unter <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/00747/index.html?lang=de>> (zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2014).

² Vgl. Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, erhältlich unter <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/entw-d.pdf>> (zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2014). Art. 622 Abs. 1 OR des Vorentwurfs lautet wie folgt: «Die Aktien lauten auf den Namen.» Entsprechendes sollte auch für den Inhaberinterimsschein gelten.

³ Siehe Botschaft und Entwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 13. Dezember 2013, BBl 2014, 605–704 (Botschaft) und

Der Bundesrat hat am 13. Dezember 2013 die Botschaft und den Entwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI)⁴ verabschiedet.⁵ Mit dem neuen Gesetz sollen die 2012 revidierten GAFI Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung und Finanzierung von Massenvernichtungswaffen⁶ sowie die Vorgaben des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum)⁷ erfüllt werden. Ein wesentlicher Bestandteil der Vorlage ist die verstärkte Regulierung der Anteilshaber von Kapitalgesellschaften.⁸ So wird z.B. eine Pflicht der Gesellschafter zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen vorgeschlagen. Daneben soll eine generelle Meldepflicht für Inhaberaktionäre und die Errichtung eines entsprechenden Registers eingeführt werden. Diese Massnahmen machen umfangreiche Anpassungen des OR und – aufgrund der vorgeschlagenen Sanktionsmechanismen – des StGB notwendig. Mit dem Inkrafttreten der Vorlage ist frühestens im Februar 2015 zu rechnen.

Im Folgenden wird einführend auf die Inhaberaktie in der Schweiz (II.) und den mit dem Gesetzesentwurf verfolgten Zweck (III.) eingegangen. Danach werden die sich auf die Inhaberaktie beziehenden Änderungsvorschläge des Gesetzesentwurfs dargestellt und kritisch gewürdigt (IV.). Dabei geht es nicht in erster Linie darum, konkrete Verbesserungs- bzw. Änderungsvorschläge zu machen. Vielmehr wird im Sinne einer ersten Stellungnahme auf ausgewählte offene Fragen, Mängel und Inkonsistenzen hingewiesen. Nicht behandelt werden die übrigen im Entwurf vorgesehenen Änderungen. Ebenso wenig erfolgt eine Diskussion, ob die Umsetzung der

Vorgaben der GAFI und des Global Forum überhaupt angezeigt ist.

II. Verbreitung und Charakteristik der Inhaberaktie

1. Verbreitung der Inhaberaktie in der Schweiz

In der Schweiz gibt es rund 50'000 Aktiengesellschaften, die zumindest teilweise Inhaberaktien ausgegeben haben.⁹ Dies entspricht etwa einem Viertel sämtlicher Aktiengesellschaften. Bemerkenswert ist, dass die Anzahl der Gesellschaften, die eine Kapitalstruktur mit Inhaberaktien aufweisen, in den letzten Jahren sowohl absolut als auch proportional zugenommen hat.¹⁰ In Bezug auf die geografische Verteilung der entsprechenden Gesellschaften zeigen sich offenbar grosse Unterschiede zwischen den einzelnen Kantonen.¹¹ So sollen namentlich die Kantone Genf, Tessin und Zug eine vergleichsweise grosse Anzahl von Gesellschaften mit Inhaberaktien haben.¹²

2. Charakteristik der Inhaberaktie

2.1 Unterschiede zur Namenaktie

Die Inhaberaktie unterscheidet sich in verschiedener Hinsicht von der Namenaktie. Im Wesentlichen bestehen folgende Unterschiede:

Die Inhaberaktie heisst Inhaberaktie, weil sie typischerweise in einem Inhaberpapier¹³ verbrieft wird.¹⁴ Das bedeutet, dass für deren Übertragung neben einem gültigen Verpflichtungsgeschäft und der Verfügungsbefugnis des Veräusserers¹⁵ die Titelübergabe notwendig aber auch

705–720 (Entwurf), 640, wonach eine Abschaffung der Inhaberaktie einer Kehrtwende der politischen Meinung gleichkäme.

⁴ Vgl. zur GAFI III.1 unten.

⁵ Die obligationen-, straf- und übergangsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs werden nachfolgend mit «E-OR», «E-StGB» und «E-UeB OR», die Bestimmungen im Bucheffektengesetz, Kollektivanlagengesetz und Geldwäschereigesetz mit «E-BEG», «E-KAG» und «E-GwG» bezeichnet. Botschaft und Entwurf werden nachfolgend mit «Botschaft» bzw. «Botschaft 2013» sowie «Entwurf» bzw. «Gesetzesentwurf» bezeichnet.

⁶ The FATF Recommendations, International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation, February 2012, erhältlich unter <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf> (zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2014).

⁷ Vgl. zum Global Forum III.1 unten.

⁸ Die Vorlage befasst sich im Wesentlichen mit den folgenden Themen: 1. Transparenz von juristischen Personen und Inhaberaktien; 2. Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person; 3. Schwere Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei; 4. Politisch exponierte Personen (PEP); 5. Vorschriften über die Barzahlung bei Kaufgeschäften sowohl bei Fahrnis- als auch bei Grundstückkäufen; 6. Kompetenzen der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS); 7. Gezielte Finanzsanktionen im Zusammenhang mit Terrorismus und Terrorismusfinanzierung. Die im vorliegenden Aufsatz behandelten Themen finden sich im Abschnitt «Transparenz von juristischen Personen und Inhaberaktien».

⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 615 und 654.

¹⁰ So hatten im Dezember 2000 nur rund 19.5 Prozent der insgesamt 154'684 Aktiengesellschaften in der Schweiz eine Struktur mit Inhaberaktien gewählt; vgl. RETO SANWALD, Bedeutung und Zukunft der Inhaberaktien in der Schweiz, Reprax 2000, 22–35, 28 f.

¹¹ Botschaft 2013 (FN 3), 615 und 654.

¹² So gestaltete sich die Situation nach den Erhebungen von SANWALD (FN 10), 29 zumindest im Jahr 2000. Dies dürfte sich bis heute kaum gross geändert haben.

¹³ Art. 978–988 OR.

¹⁴ Unbestritten ist, dass die Verkörperung in einem Wertpapier für den Bestand des Aktienrechts nicht erforderlich ist. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 4 N 124 ist jedoch der Ansicht, dass eine Statutenklausel, die Inhaberaktien im Sinne von Art. 622 OR schafft, den Verwaltungsrat dazu verpflichtet, eine Verbriefung der Inhaberaktien in Inhaberpapieren vorzunehmen.

¹⁵ Fehlt eine solche, dann erwirbt der Erwerber das Eigentum nach den Regeln des Sachenrechts trotzdem, wenn er in Bezug auf die Rechtszuständigkeit des Veräusserers gutgläubig war; vgl. Art. 935 ZGB und ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000, § 2 N 159 sowie BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 622 N 12.

hinreichend ist.¹⁶ Dagegen bedarf es zur Übertragung von Namenaktien neben den für die Inhaberaktien erforderlichen Voraussetzungen zusätzlich eines Indossaments oder einer schriftlichen Abtretungserklärung.¹⁷ Sind Inhaber- und Namenaktien nicht verbriefte,¹⁸ dann werden beide mittels Zession übertragen.¹⁹ Sind sie als Bucheffekten ausgestaltet, erfolgt die Übertragung gemäss Bucheffektengesetz.²⁰

Ein weiterer Unterschied zwischen Inhaber- und Namenaktien ist die Möglichkeit der Gesellschaft, die Übertragbarkeit der Aktien einzuschränken (sog. Vinkulierung). Eine solche Möglichkeit gibt es bei Inhaberaktien nicht, d.h., diese können grundsätzlich frei übertragen werden.²¹ Demgegenüber ist es zulässig und auch weit verbreitet, die Übertragbarkeit von Namenaktien zu beschränken.²²

Schliesslich liegt ein bedeutender Unterschied zwischen den beiden Aktienarten im Umstand, dass die Gesellschaft bei Inhaberaktien – im Gegensatz zu Namenaktien – kein Aktienbuch führen muss.²³ Damit sind Inhaberaktionäre der Gesellschaft nicht ohne Weiteres bekannt. Zudem können sie alleine aufgrund des Besitzes des Aktientitels ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft geltend machen.

2.2 Vor- und Nachteile gegenüber der Namenaktie

Aufgrund der erwähnten Unterschiede werden der Inhaberaktie verschiedene Vorteile im Vergleich zur Namenaktie zugeschrieben. Hingewiesen wird vor allem auf deren leichtere Übertragbarkeit²⁴ und den aufgrund der fehlenden Vinkulierungsmöglichkeit weitgehend risikolosen Sekundärmarkterwerb²⁵, die leichte Gel-

tendmachung der Aktionärsrechte²⁶ und den geringeren administrativen Aufwand aufgrund der fehlenden Notwendigkeit zur Führung eines Aktienbuchs²⁷. Zudem wird der Umstand, dass Inhaberaktionäre auch im internen Verhältnis gegenüber der Gesellschaft anonym sind, bisweilen als Vorteil der Inhaberaktie ins Feld geführt.²⁸ Schliesslich wird in der Botschaft 2013 angeführt, dass sich Inhaberaktien aufgrund ihrer Verpfändbarkeit gut für Kreditsicherungen eignen.²⁹

Ob die Merkmale der Inhaberaktie als Vor- oder Nachteile gegenüber der Namenaktie aufgefasst werden, ist aber weitgehend eine Frage der Perspektive. So kann im Vinkulierungsverbot auch eine mangelnde Kontrollmöglichkeit über das Aktionariat gesehen werden. Dass die Gesellschaft ihre Inhaberaktionäre unter Umständen nicht kennt, wird spätestens dann als nachteilig empfunden, wenn es gilt, bei den Aktionären z.B. im Hinblick auf eine bestimmte Transaktion «den Puls zu fühlen». Schliesslich erachten wir die Inhaberaktie auch nicht als besonders geeignetes Kreditsicherungsinstrument: Vielmehr birgt sie für den Pfandgläubiger nicht unerhebliche Risiken, weil aufgrund der fehlenden Indossierung eine Nachverfolgung der Eigentümerkette meistens nicht möglich ist. Mitunter aus diesen Gründen tun sich in der Praxis auch viele Gesellschaften schwer mit ihren Inhaberaktien.³⁰

III. Zweck des Gesetzesentwurfs

1. GAFI und Global Forum

Hintergrund der vorgeschlagenen Änderungen in Bezug auf Inhaberaktien ist der wachsende internationale Druck zur Verbesserung der Transparenz der Eigentumsverhältnisse bei juristischen Personen. Dabei spielen zum einen die Group d'action financière (GAFI)³¹ und zum anderen das Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum)³² eine bedeutende Rolle.

¹⁶ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 15), § 2 N 157 f.; JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, in: Druey (Hrsg.), Gesellschafts- und Handelsrecht, Systematische Darstellung mit Einschluss des Rechts für börsennotierte Gesellschaften und des Wertpapierrechts, 10., völlig überarbeitete Auflage der Teile III und IV des Werks von Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, § 10 N 18.

¹⁷ BGE 90 II 164 E. 6; 124 III 350 E. 2c.

¹⁸ Für die Ausgestaltung von Inhaberaktien in Form von Wertrechten vgl. MARTIN LANZ/OLIVIER FAVRE, Inhaberaktien in der Form von Wertrechten, Neue Möglichkeiten unter Art. 973c OR, GesKR 2009, 548–553.

¹⁹ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 319; BÖCKLI (FN 14), § 4 N 125–127.

²⁰ Vgl. Art. 24 BEG.

²¹ Vgl. zur Übertragung der Aktionärsrechte bei nicht voll einbezahlten Inhaberaktien DRUEY/GLANZMANN (FN 16), § 8 N 23.

²² Vgl. Art. 685–685g OR.

²³ DRUEY/GLANZMANN (FN 16), § 10 N 20.

²⁴ RETO A. LYK, Namenaktien versus Inhaberaktien als Einheitstitel von Publikumsgesellschaften – Klarer Punktesieg für die Einheits-Namen-Aktie, SZW 1995, 281–289, 283; SANWALD (FN 10), 26.

²⁵ Botschaft 2013 (FN 3), 654.

²⁶ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 43 N 26; SANWALD (FN 10), 26.

²⁷ Ähnlich LYK (FN 24), 289 und SANWALD (FN 10), 30.

²⁸ Botschaft 2013 (FN 3), 654; vgl. auch SANWALD (FN 10), 26, der jedoch auch darauf hinweist, dass mit dieser internen Anonymität sowohl Vor- als auch Nachteile verbunden sein können.

²⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 654.

³⁰ Weitere Nachteile sind zudem auch mit der wertpapierrechtlichen Gestalt der Inhaberaktie verbunden. So ist die Geltendmachung der Aktionärsrechte aufgrund des durch den Papierbesitz erweckten Rechtsschein auch durch Nichtberechtigte möglich. Vgl. hierzu SANWALD (FN 10), 26.

³¹ Englisch: Financial Action Task Force (FATF). Für zusätzliche Informationen zur GAFI sei auf die Internetseite <<http://www.fatf-gafi.org>> verwiesen.

³² Für zusätzliche Informationen zum Global Forum sei auf die Internetseite <<http://www.oecd.org/tax/transparency/>> verwiesen.

Bei der GAFI handelt es sich um die massgebliche internationale Organisation zur Bekämpfung der Geldwäscherei, der Terrorismusfinanzierung und neu der Finanzierung von Massenvernichtungswaffen. Sie ist eine im Jahr 1989 in Paris gegründete internationale Task Force mit 36 Mitgliedstaaten, bei der die Schweiz seit der Gründung aktiv mitwirkt. Die Hauptaufgabe der GAFI besteht darin, Methoden der Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung und Finanzierung von Massenvernichtungswaffen aufzudecken, Empfehlungen für wirksame Gegenmassnahmen zu entwickeln und die Politik zur Geldwäschereibekämpfung auf internationaler Ebene zu vereinheitlichen. Im Rahmen dieser Aufgabe hat die GAFI 40 Empfehlungen ausgearbeitet, die den international anerkannten Standard zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bilden.³³

Das Global Forum widmet sich der Transparenz und dem Informationsaustausch für Steuerzwecke. Dabei handelt es sich um einen multilateralen Rahmen mit 121 Mitgliedern³⁴, die in Steuerbereichen zusammenarbeiten. Die Gründung des Global Forum erfolgte im Kontext der Arbeiten der OECD zu den Risiken für die «Tax Compliance» durch sog. Steueroasen. Die Schweiz ist ein Mitgliedstaat des Global Forum.³⁵

2. Vorgaben zur Transparenz von juristischen Personen

2.1 GAFI Empfehlung 24

Bei einer im Oktober 2005 erfolgten Länderprüfung durch die GAFI erhielt die Schweiz in Bezug auf die Transparenz juristischer Personen das Prädikat «nicht konform».³⁶ Grund hierfür war, dass Inhaberaktien, die dem Aktionär (interne) Anonymität gewähren, die Anforderungen der GAFI Empfehlung 33 (2003) nicht erfüllten. Auch die im Vorentwurf 2005³⁷ vorgesehene Melde- und Ausweispflicht für Inhaberaktionäre, die mindestens zehn Prozent aller Stimmrechte einer Gesellschaft kontrollieren, erachtete die GAFI als ungenügend.³⁸ In der Folge hat die GAFI der Schweiz empfoh-

len, die Transparenzmassnahmen für Gesellschaften mit Inhaberaktien zu verbessern. Eine Abschaffung der Inhaberaktie wurde indessen nicht gefordert.³⁹

Zwischen 2009 und 2012 nahm die GAFI eine Revision ihrer Empfehlungen vor, bei welcher mit der GAFI Empfehlung 24 ein revidierter Standard in Bezug auf die Transparenz juristischer Personen aufgenommen wurde.⁴⁰ Die GAFI Empfehlung 24 lautet wie folgt: «*Countries should take measures to prevent the misuse of legal persons for money laundering or terrorist financing. Countries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities. In particular, countries that have legal persons that are able to issue bearer shares or bearer share warrants, or which allow nominee shareholders or nominee directors, should take effective measures to ensure that they are not misused for money laundering or terrorist financing. [...]»* Als «beneficial owner» bzw. «wirtschaftlich berechtigte Person» definiert die GAFI jede natürliche Person, die eine bestimmte Beteiligungsquote an einer juristischen Person hält und dadurch die juristische Person tatsächlich kontrolliert.⁴¹ Die Beteiligungsquote kann beispielsweise bei 25 Prozent liegen.⁴²

Die GAFI überlässt die Art der Umsetzung ihrer Empfehlung grundsätzlich ihren Mitgliedstaaten, nennt aber als Beispiele für die Verhinderung des Missbrauchs von Inhaberaktien die folgenden vier Massnahmen⁴³: (1) Abschaffung der bzw. Einführung eines Verbots von Inhaberaktien; (2) Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien; (3) Immobilisierung von Inhaberaktien durch Hinterlegung bei einem Finanzintermediär; und (4) Einführung einer Melde- und Registrierungspflicht für Aktionäre mit Mehrheitsbeteiligung.

2.2 Vorgaben des Global Forum

Der Informationsaustausch zu Steuerzwecken ist nach Ansicht des Global Forum nur möglich, wenn die Verfügbarkeit von verlässlichen Eigentümer-, Bank- und

³³ Botschaft 2013 (FN 3), 611; Medienmitteilung des Bundesrats vom 13. Dezember 2013 zur Botschaft und zum Entwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, 5, erhältlich unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33222.pdf>> (zuletzt aufgerufen am 9. Februar 2014).

³⁴ Stand November 2013.

³⁵ Vgl. The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Information Brief, November 2013, erhältlich unter <http://www.oecd.org/tax/transparency/global_forum_background%20brief.pdf> (zuletzt aufgerufen am 9. Februar 2014).

³⁶ Botschaft 2013 (FN 3), 614.

³⁷ Vgl. FN 1.

³⁸ Groupe d'action financière, 3^{ème} rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre la financement du terrorisme, Novembre 2005, Ziff. 20 und 54 sowie Anhang S. 20, erhältlich unter <<http://www.sif.admin.ch/dokumentation/00514/00519/00554/index.html?lang=de>> (zuletzt aufgerufen

am 5. Februar 2014); vgl. zudem Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589–1750, 1618.

³⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 614.

⁴⁰ Botschaft 2013 (FN 3), 614.

⁴¹ The FATF Recommendations (FN 6), 110 (*General Glossary*). Die Definition lautet im Originaltext wie folgt: «*Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.*»

⁴² The FATF Recommendations (FN 6), 84 FN 38 (No 1 Interpretative Note to Recommendation 24).

⁴³ The FATF Recommendations (FN 6), 86 f. (No 14 Interpretative Note to Recommendation 24).

Buchführungsinformationen in Bezug auf juristische Personen und Vereinbarungen⁴⁴ sichergestellt wird. Darüber hinaus muss der Zugang zu diesen Informationen durch die zuständigen Behörden gewährleistet sein.⁴⁵

Betreffend die Verfügbarkeit von Informationen schreibt eine zentrale Norm des Global Forum vor, dass die Mitglieder gewährleisten müssen, dass ihre zuständigen nationalen Behörden Zugang zu den Informationen haben, die ihnen die Feststellung der Eigentümer von Kapitalgesellschaften und anderen juristischen Personen erlauben.⁴⁶ Dabei wird von einem weiten Eigentümerbegriff ausgegangen. Dieser umfasst nicht nur den rechtlichen Eigentümer, sondern auch – wenn dieser als Beauftragter oder aufgrund einer ähnlichen Vereinbarung in fremdem Namen handelt – Personen, zu deren Gunsten der Eigentümer handelt, sowie diejenigen Personen, die Teil einer Eigentums-kette sind.⁴⁷ Länder, die das Institut der Inhaberaktie vorsehen, müssen gemäss dem Global Forum zuverlässige Mechanismen einführen, anhand derer die Eigentümer solcher Inhaberaktien festgestellt werden können.⁴⁸

2.3 Konsequenzen für die Schweiz

Nach Ansicht des Bundesrats erfüllt die heutige Gesetzeslage die Vorgaben der GAFI und die noch strengeren Vorgaben des Global Forum in Bezug auf die Transparenz juristischer Personen nicht und zwar aus zwei Gründen: Einerseits besteht kein allgemeiner Mechanismus, um die eine Gesellschaft letztlich kontrollierenden Personen zu identifizieren. Andererseits sind Inhaberaktionäre im internen Verhältnis zur Gesellschaft anonym, weshalb bei dieser Aktienkategorie eine Feststellung des Eigentümers nicht möglich ist. Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf sollen die Vorgaben der GAFI und des Global Forum erfüllt werden.

⁴⁴ *Entities and Arrangements*.

⁴⁵ Vgl. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Terms of Reference, To Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, 3–5 (Ziff. 11 A.1.–A.3.) sowie 6 f. (Ziff. 12 und 13 B.1.–B.2.), erhältlich unter <<http://www.oecd.org/ctp/44824681.pdf>> (zuletzt aufgerufen am 27. Januar 2014). Schliesslich müssen effektive Mechanismen für den Informationsaustausch vorhanden sein.

⁴⁶ Global Forum Terms of Reference (FN 45), 4 (A.1.1.); vgl. auch Botschaft 2013 (FN 3), 615.

⁴⁷ Global Forum Terms of Reference (FN 45), 4 (A.1.1.); vgl. auch Botschaft 2013 (FN 3), 615.

⁴⁸ Global Forum Terms of Reference (FN 45), 4 (A.1.2.); vgl. auch Botschaft 2013 (FN 3), 615. Als möglichen Mechanismus nennen die Global Forum Terms of Reference eine Hinterlegungsvereinbarung (*custodial arrangement*) mit einer anerkannten Verwahrungsstelle (*custodian*) oder eine ähnliche Regelung zwecks Immobilisierung von Inhaberaktien.

IV. Regelungen des Gesetzesentwurfs

1. Übersicht

Zur Verbesserung der Transparenz bei der Aktiengesellschaft⁴⁹ sieht der Gesetzesentwurf in den geplanten Art. 697i und 697j E-OR für den Erwerber von Inhaberaktien eine generelle Meldepflicht und für sämtliche Aktionäre eine Pflicht zur Meldung der an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Person vor. Über die gemeldeten Inhaberaktionäre sowie die an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen soll ein Verzeichnis geführt werden.⁵⁰ Zur Absicherung der Meldepflichten und der korrespondierenden Verzeichnisführungspflicht enthält der Gesetzesentwurf gesellschafts- und strafrechtliche Sanktionen.⁵¹

Daneben enthält der Gesetzesentwurf neue Vorschriften zur Aufbewahrungsdauer und zum Zugang zum oben erwähnten Verzeichnis und zum Aktienbuch sowie den diesen zugrundeliegenden Dokumenten.⁵²

Schliesslich sieht der Gesetzesentwurf eine erleichterte Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien vor. Einerseits soll ein entsprechender Beschluss zwingend mit der Mehrheit der *abgegebenen* Stimmen gefasst werden können,⁵³ andererseits braucht es dazu keine statutarische Grundlage mehr.⁵⁴ Auf diese Änderung wird im Folgenden nicht mehr eingegangen.

2. Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien

2.1 Gesetzeswortlaut

Nach Art. 697i Abs. 1 E-OR muss derjenige, der Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen bzw. seine Firma sowie seine Adresse innert Monatsfrist an die Gesellschaft melden. Zudem muss er der Gesellschaft jede Änderung dieser Angaben mitteilen.⁵⁵

2.2 Gegenstand der Meldepflicht

Nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs bezieht sich die Meldepflicht ausschliesslich auf den Erwerb von

⁴⁹ Nicht Gegenstand dieses Aufsatzes bilden die ebenfalls zwecks Schaffung transparenterer Kapitalstrukturen vorgesehenen (und weitgehend analog der diesbezüglichen Vorschriften zur Aktiengesellschaft ausgestalteten) Änderungen im GmbH- und Genossenschaftsrecht sowie im Recht der kollektiven Kapitalanlagen. Vgl. hierzu Art. 690 Abs. 1 und 5, 790a, 814 Abs. 3, 837 und 898 Abs. 2 E-OR sowie 46 Abs. 3, 46a und 149 Abs. 1 lit. f E-KAG.

⁵⁰ Vgl. Art. 697i E-OR.

⁵¹ Vgl. Art. 697m E-OR bzw. Art. 327 und 327a E-StGB.

⁵² Vgl. Art. 686 Abs. 1 und 5, 718 Abs. 4 und 747 E-OR.

⁵³ Art. 704a E-OR.

⁵⁴ Dazu soll Art. 627 Ziff. 7 OR gestrichen werden.

⁵⁵ Art. 697i Abs. 3 E-OR.

Inhaberaktien. Da ohne anderslautende gesetzliche Regelung die Bestimmungen über die Aktie grundsätzlich auch für den Partizipationsschein gelten,⁵⁶ stellt sich die Frage, ob die in Art. 697i E-OR statuierte Meldepflicht auch für Inhaberpartizipationsscheine gilt.

Weil Partizipationsscheine kein Stimmrecht gewähren,⁵⁷ kann damit kein Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft ausgeübt werden. Deshalb wäre eine Ausdehnung der Meldepflicht auf den Inhaberpartizipationsschein für die Erfüllung der GAFI Empfehlung 24 nicht erforderlich. Anderes gilt jedoch für die Vorgaben des Global Forum, deren (weiter) Eigentümerbegriff auch Inhaber von Inhaberpartizipationsscheinen erfassen dürfte.⁵⁸ Da mit der Einführung der Meldepflicht nach Art. 697i E-OR sowohl die Erfüllung der Vorgaben der GAFI als auch des Global Forum bezweckt wird, ist davon auszugehen, dass die Meldepflicht sowohl Inhaberaktien als auch Inhaberpartizipationsscheine erfasst.

Nicht Gegenstand der Meldepflicht sind hingegen andere Inhaberpapiere, wie beispielsweise Inhabergenusscheine oder Inhaberoptionen.

2.3 Entstehen der Meldepflicht

Meldepflichtiger Tatbestand nach Art. 697i Abs. 1 E-OR bildet der *Erwerb* von Inhaberaktien. Damit wird eine Person bereits mit dem Erwerb auch nur einer einzigen Inhaberaktie meldepflichtig.

Auf die Einführung eines bestimmten Grenzwerts, bei dessen Überschreiten die Meldepflicht ausgelöst wird, wird im Gesetzesentwurf bewusst verzichtet. Dieser Verzicht wird damit begründet, dass nur auf diese Weise auch die Anforderungen des Global Forum erfüllt werden können.⁵⁹ Dieses Argument überzeugt aus folgenden Überlegungen nicht: Der Gesetzesentwurf befreit Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien generell von der Meldepflicht.⁶⁰ Gemäss Botschaft ist diese Ausnahme wegen der Meldepflicht nach Börsenrecht gerechtfertigt.⁶¹ Bekanntlich greift diese aber erst ab einer Beteiligungshöhe von drei Prozent.⁶² Im Ergebnis führt diese Ausnahme zu einer nicht begründbaren Ungleichbehandlung von Inhaberaktionären börsenkotierter und privater Gesellschaften.⁶³

Aufgrund der Anknüpfung an den Erwerb entsteht die Meldepflicht unseres Erachtens mit dem Übergang des Eigentums an der Inhaberaktie, d.h. mit der Erfüllung des Verfügungsgeschäfts. Nicht entscheidend ist hingegen der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts. Alleine damit werden nämlich weder Vermögens- noch Mitwirkungsrechte erworben.⁶⁴

Unklar ist, ob neben dem Erwerb einer Inhaberaktie zu Eigentum auch andere Rechtsgeschäfte eine Meldepflicht nach Art. 697i E-OR auslösen. Insbesondere stellt sich diese Frage bei der Einräumung einer Nutzniessung. Die Stellung des Nutzniessers entspricht faktisch derjenigen des Eigentümers, da der Umfang der Nutzniessung bei Aktien sowohl die aus der Aktie fließenden Vermögens-, als auch sämtliche Mitgliedschaftsrechte⁶⁵ umfasst.⁶⁶ Deshalb würde sich vor dem Hintergrund des mit Art. 697i E-OR verfolgten Zwecks auch bei der Nutzniessung eine Meldepflicht aufdrängen. Eine solche wird jedoch vom Wortlaut von Art. 697i Abs. 1 E-OR nicht erfasst.⁶⁷ Die gleiche Frage stellt sich auch bei der Einräumung von Sicherungsrechten. Während die Sicherungsübereignung als Erwerb gelten dürfte⁶⁸, dürfte dies beim Pfandrecht zumindest dann nicht der Fall sein, wenn der Pfandgläubiger nicht zur Stimmrechtsausübung⁶⁹ berechtigt ist.

www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31879.pdf (zuletzt aufgerufen am 27. Januar 2014), wonach zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmer die Einführung eines allgemeinen Schwellenwerts von bspw. 3 oder 5 Prozent oder (wie von der GAFI gefordert) 25 Prozent für sämtliche Gesellschaften forderten.

⁶⁴ Anderes gilt bei der börsenrechtlichen Meldepflicht. Diese entsteht nach Art. 20 Abs. 1 und 5 BEHG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 BEHV-FINMA mit der Begründung des Anspruchs auf Erwerb oder Veräusserung von Beteiligungspapieren (Verpflichtungsgeschäft). Vgl. hierzu BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 170–172 und CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, in: Hertig et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Art. 20 N 51–54.

⁶⁵ Art. 690 Abs. 2 OR ist nach der h.L. dispositiver Natur. Die Parteien können vereinbaren, dass das Stimmrecht beim Eigentümer verbleibt.

⁶⁶ BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 690 N 12. Zum Umfang der dem Nutzniesser zustehenden Mitgliedschaftsrechte und dem Umstand, dass bei der Nutzniessung die Kontroll- und Auskunftsrechte, das Recht auf Teilnahme und Antragsstellung an der Generalversammlung und das Recht zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung nach Art. 706 OR gleichzeitig auch dem Eigentümer zustehen vgl. HARALD BÄRTSCH, Pfandrecht und Nutzniessung an Gesellschaftsanteilen, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 263–358, 337; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 690 N 16; CHK-GIRSBERGER/GABRIEL, Art. 690 N 12.

⁶⁷ Dies im Unterschied zur vom Gesetzgeber für die börsenrechtliche Meldepflicht gewählten Regelung, wonach die Begründung oder Beendigung einer Nutzniessung hinsichtlich der Meldepflicht dem Erwerb oder der Veräusserung von Beteiligungspapieren gleichgestellt ist; vgl. Art. 20 Abs. 1 und 5 BEHG i.V.m. Art. 13 BEHV-FINMA.

⁶⁸ Vgl. auch Art. 20 Abs. 1 und 5 BEHG i.V.m. Art. 14 Abs. 1 BEHV-FINMA.

⁶⁹ Art. 905 ZGB ist dispositiver Natur. Der Pfandgläubiger kann also vom Aktionär zur Vertretung der Aktien in der Generalversammlung ermächtigt werden. Dafür ist sowohl bei Namen- als auch bei Inhaberaktien eine schriftliche Bevollmächtigung durch den Pfand-

⁵⁶ Art. 656a Abs. 2 OR.

⁵⁷ Art. 656a Abs. 1 Satz 2 OR.

⁵⁸ Vgl. hierzu III.2.2.

⁵⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 616 und 640.

⁶⁰ Vgl. unten IV.2.4a.

⁶¹ Botschaft 2013 (FN 3), 616 und 658.

⁶² Art. 20 BEHG. Die Offenlegungspflicht nach Art. 663c OR gilt grundsätzlich erst ab einer Beteiligungshöhe von 5 Prozent sämtlicher Stimmrechte pro Aktionär bzw. Aktionärsgruppe; vgl. hierzu IV.2.4a.

⁶³ Vgl. auch Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse (27. Februar – 1. Juli 2013) zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom September 2013, 9 und 12 f., erhältlich unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31879.pdf>>

2.4 Ausnahmen von der Meldepflicht

a. Börsenkotierte Aktien

Keine Meldepflicht besteht, wenn die Aktien der Gesellschaft an einer Börse kotiert sind. Gemäss Botschaft⁷⁰ wird in diesem Fall die notwendige Transparenz durch die börsenrechtlichen Melde- bzw. Offenlegungspflichten⁷¹ sowie die aktienrechtliche Offenlegung von Beteiligungen gewährleistet.⁷²

Unklar ist, ob es sich bei der Börse zwingend um eine *schweizerische* Börse handeln muss. Anders als bei Art. 20 BEHG, der für die Meldepflicht eine (teilweise) Kotierung von Beteiligungspapieren in der Schweiz voraussetzt, wird im Gesetzesentwurf auf eine nationale Anknüpfung verzichtet. Da die Ausnahme von der Meldepflicht bei börsenkotierten Aktien namentlich mit der nach dem Börsengesetz gewährleisteten Transparenz begründet wird, scheint bei einer Kotierung im Ausland eine Ausnahme von der Meldepflicht dann gerechtfertigt, wenn damit eine mindestens gleichwertige Transparenz gewährleistet ist.

Der Wortlaut von Art. 697i Abs. 1 E-OR lässt zudem offen, ob eine Meldepflicht auch dann besteht, wenn die Gesellschaft neben Inhaberaktien auch noch über Namenaktien oder -partizipationsscheine verfügt und nur diese letzteren Kategorien an einer Börse kotiert sind. Inhaberaktionäre sollten auch in diesem Fall von einer Meldung nach Art. 697i E-OR entbunden sein. Nach Art. 20 BEHG wird nämlich die Meldepflicht selbst dann begründet, wenn nur *ein Teil* der *Beteiligungspapiere* der Gesellschaft an einer Börse kotiert sind.⁷³ Damit wird in einem solchen Fall die notwendige Transparenz durch das Börsengesetz sichergestellt.

b. Bucheffekten

Eine zusätzliche Ausnahme von der Meldepflicht sieht der Gesetzesentwurf⁷⁴ dann vor, wenn die Inhaberaktien als Bucheffekten nach BEG ausgestaltet sind.⁷⁵ Diesfalls hat die Gesellschaft eine Verwahrungsstelle in der Schweiz zu bezeichnen, bei der die Inhaberaktien hinterlegt oder ins Hauptregister eingetragen werden.⁷⁶ Die Wahl einer schweizerischen Verwahrungsstelle durch die Gesellschaft ist nach unserem Verständnis eine Bedin-

gung dafür, dass als Bucheffekten ausgestaltete Inhaberaktien nicht der Meldepflicht nach Art. 697i E-OR unterliegen.⁷⁷

Aufgrund des Hinweises auf eine Hinterlegung von Inhaberaktien oder eine Eintragung von Inhaberaktien in das Hauptregister der Verwahrungsstelle könnte davon ausgegangen werden, dass Art. 697i Abs. 4 E-OR nur Bucheffekten auf Grundlage von sammelverwahrten oder als Wertrechte ausgestalteten Inhaberaktien, nicht aber von hinterlegten Globalurkunden erfasst. Dies kann jedoch nicht die Meinung sein, weshalb auch dann eine Ausnahme von der Meldepflicht bestehen muss, wenn bei einer Verwahrungsstelle hinterlegte Globalurkunden über Inhaberaktien die Basis für Bucheffekten bilden.⁷⁸

Im Rahmen der mediatisierten Effektenverwahrung werden die Inhaber der Effektenkonti, die durch die von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle geführt werden, regelmässig nicht die Inhaberaktionäre, sondern die der Verwahrungsstelle angeschlossenen Finanzintermediäre sein.⁷⁹ Die Inhaberaktionäre haben nur ein persönliches Effektenkonto bei ihrer Bank, die im Rahmen dieser sog. Verwahrungspyramide an zweiter Stelle nach der von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle oder – bei komplexeren Verhältnissen – nach weiteren Zwischenverwahrungsstellen an einer hinteren Stelle steht.⁸⁰ Trotzdem ist im Fall solcher dematerialisierter Inhaberaktien eine Identifikation des Inhaberaktionärs möglich, da die Bank eines Inhaberaktionärs aufgrund ihrer Pflichten nach GwG sowohl die Identität des Vertragspartners (d.h. des Aktionärs) als auch diejenige des wirtschaftlich Berechtigten kennen muss.⁸¹ Aufgrund des im Gesetzesentwurf vorgesehenen Art. 23a E-BEG ist die von der Gesellschaft bezeichnete Verwahrungsstelle zudem dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass die ihr nachgelagerten Verwahrungsstellen auf Anfrage Informationen über den Inhaberaktionär weiterleiten.⁸²

geber erforderlich (Art. 689a Abs. 1 und 689b Abs. 2 OR). Vgl. hierzu BSK ZGB-BAUER, Art. 905 N 5; BK-ZOBL, ZGB 905 N 34 f. Botschaft 2013 (FN 3), 616 und 658.

⁷⁰ Vgl. Art. 20 Abs. 1 BEHG.

⁷¹ Vgl. Art. 663c Abs. 1 OR.

⁷² BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 52; MEIER-SCHATZ (FN 64), Art. 20 N 5 und 17 f.; GEORG G. GOTSCHKEV, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der organisierten Gruppe gemäss Börsengesetz, Diss. Zürich 2005, § 2 N 245 (= SSHW 240).

⁷³ Im Gegensatz zur Vernehmlassungsvorlage, in der diese Ausnahme noch nicht enthalten war; vgl. Botschaft 2013 (FN 3), 639.

⁷⁴ Art. 697i Abs. 4 E-OR.

⁷⁵ Art. 697i Abs. 4 Satz 2 E-OR.

⁷⁶ Grund für dieses Erfordernis dürfte sein, dass die GAFI Empfehlung 24 verlangt, dass es den kompetenten nationalen Behörden möglich ist, auf Verlangen in angemessener und zeitnaher Weise Informationen über die wirtschaftliche Berechtigung an oder die Kontrolle von juristischen Personen erhalten zu können. Offenbar ist dies nach Ansicht des Bundesrats nur bei einer inländischen Verwahrungsstelle mit ausreichender Sicherheit gewährleistet.

⁷⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b BEG.

⁷⁸ Vgl. auch Botschaft 2013 (FN 3), 617.

⁷⁹ Vgl. zur mediatisierten Effektenverwahrung und zu den Grundlagen des Effektingirosystems LUKAS BEELER, Bucheffekten – Übertragung, Stornierung und gutgläubiger Erwerb, Diss. Zürich 2013, 32–51 (= SSHW 317).

⁸⁰ Vgl. Art. 3 GwG und Art. 4 E-GwG; siehe auch Botschaft 2013 (FN 3), 617 und 694 f. Nach der Botschaft 2013 ist bei ausländischen Verwahrungsstellen zur Sicherstellung des Informationsflusses zu prüfen, ob diese einer gleichwertigen Regulierung wie Schweizer Verwahrungsstellen unterstehen.

⁸¹ Vgl. hierzu Botschaft 2013 (FN 3), 694 f.

2.5 Modalitäten der Meldung

Meldepflichtig ist der *Erwerber* von Inhaberaktien. Dieser kann die Meldung selber oder durch einen Stellvertreter vornehmen. Adressat der Meldung ist nach der Regelung von Art. 697i Abs. 1 E-OR die Gesellschaft, welche die entsprechenden Inhaberaktien ausgegeben hat. Alternativ sieht Art. 697k E-OR die Möglichkeit vor, die Meldung an einen dem GwG unterstellten Finanzintermediär zu erstatten.⁸³

Die Meldung ist innerhalb einer Frist von einem Monat ab Erwerb vorzunehmen.⁸⁴

Erwerber von Inhaberaktien haben der Gesellschaft den Erwerb, ihren Vor- und Nachnamen (oder, bei juristischen Personen, ihre Firma) sowie ihre Adresse zu melden.⁸⁵ Zur Sicherstellung der mit der Meldepflicht bezweckten Transparenz dürfte es zusätzlich erforderlich sein, auch die *Anzahl* der erworbenen Inhaberaktien zu melden.

Der Erwerber hat bei einer Meldung den Besitz der Inhaberaktie nachzuweisen und sich zu identifizieren.⁸⁶ Die Art des Besitzesnachweises hängt dabei massgeblich von der Ausgestaltung der Inhaberaktie ab.

Schliesslich muss der Inhaberaktionär jede Änderung seines Vor- oder Nachnames (oder, bei juristischen Personen, seiner Firma) oder seiner Adresse melden.⁸⁷ Diese fortwährende Mitteilungspflicht bezweckt, dass das Verzeichnis der Inhaberaktionäre nach Art. 697l E-OR⁸⁸ immer aktuell bleibt.⁸⁹ Im Gegensatz zur Meldepflicht beim Erwerb besteht aber keine Frist für die Mitteilung solcher Änderungen.

3. Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Person

3.1 Gesetzeswortlaut

Nach Art. 697j Abs. 1 E-OR muss derjenige, der allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztlich handelt (wirtschaft-

lich berechtigte Person). Zudem muss er der Gesellschaft jede Änderung dieser Angaben melden.⁹⁰

3.2 Gegenstand der Meldepflicht

Von der Meldepflicht erfasst ist nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs der Erwerb von Aktien, wobei darunter beide Aktienkategorien – also sowohl *Inhaber-* als auch *Namenaktien* – fallen.

Wie bei der Meldung nach Art. 697i E-OR würde die Meldepflicht aufgrund von Art. 656a Abs. 2 OR jedoch auch dann ausgelöst, wenn der Grenzwert durch den Erwerb von Inhaber- oder Namenpartizipationsscheinen erreicht oder überschritten wird. Da Partizipationsscheine keine Stimmrechte vermitteln und deshalb grundsätzlich nicht zur «Beherrschung» einer juristischen Person geeignet sind, sollten diese jedoch nicht von der Meldepflicht erfasst werden.

3.3 Entstehen der Meldepflicht und Inhalt der Meldung

a. Allgemeines

Der Meldepflicht nach Art. 697j E-OR unterliegt, wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft *erwirbt*⁹¹ und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet. Gemeldet werden muss der Vor- und Nachname und die Adresse der natürlichen Person, für die der meldepflichtige Aktionär *letztlich handelt* (wirtschaftlich berechtigte Person).

b. Grenzwert

Die Wahl der Beteiligungshöhe von 25 Prozent erfolgte in Anlehnung an die 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie, welche die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter an einer juristischen Person ebenfalls ab demselben Grenzwert annimmt.⁹² Im Gegensatz zu Art. 697j E-OR wird nach der 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie eine Kontrolle der juristischen Person jedoch erst bei einer Überschreitung und nicht bereits beim Erreichen der 25 Prozent-Schwelle angenommen. Bemerkenswerterweise geht zudem das Schweizer Börsenrecht erst bei Überschreitung

⁸³ Darauf ist in IV.4 zurückzukommen.

⁸⁴ Der Vorentwurf 2013 forderte noch eine «unverzügliche» Meldung, was in der Vernehmlassung kritisiert worden ist; vgl. hierzu den Bericht Vernehmlassungsergebnisse (FN 63), 13 und 19.

⁸⁵ Art. 697i Abs. 1 E-OR.

⁸⁶ Art. 697i Abs. 2 E-OR, der in lit. a–c detaillierte Vorgaben für die vorzuweisenden Identifikationsdokumente macht.

⁸⁷ Art. 697i Abs. 3 E-OR.

⁸⁸ Vgl. hierzu unten IV.5.

⁸⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 658.

⁹⁰ Art. 697j Abs. 2 E-OR.

⁹¹ Zum Erwerb vgl. die entsprechenden Ausführungen in IV.2.3. Dabei ist zu beachten, dass für den Eigentumsübergang an (und damit den Erwerb von) teilliberalisierten oder nicht-börsenkotierten vinkulierten Namenaktien vorbehaltlich gewisser Ausnahmen zusätzlich noch die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist; vgl. Art. 685c Abs. 1 OR.

⁹² Vgl. Art. 3 Ziff. 6 Bst. a) der Richtlinie 2005/60/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung; siehe auch Botschaft 2013 (FN 3), 659. Der Revisionsvorschlag der europäischen Kommission für die 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie vom 5. Februar 2013 sieht eine Beibehaltung der «25 %-Schwelle» vor.

von 33⅓ Prozent der Stimmrechte von einer Beherrschung aus.⁹³

c. Wirtschaftlich berechtigte Person

Die Person, für die der Erwerber *letztlich handelt* und die gemeldet werden muss, wird in Art. 697j Abs. 1 E-OR als wirtschaftlich berechtigte Person bezeichnet. Sie muss zwingend eine natürliche Person sein. Dabei kann es sich sowohl um den formalen Aktionär (wenn dieser den Erwerb für sich selbst tätigt) als auch um eine Drittperson handeln.⁹⁴

Mit dem Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person wird ein neues, bisher im OR nicht verwendetes Konzept eingeführt.⁹⁵ Im Gegensatz zum Vorentwurf wird im Gesetzesentwurf für die Definition des Begriffs der wirtschaftlich berechtigten Person bewusst nicht mehr auf Art. 2a Abs. 3 E-GwG⁹⁶ verwiesen.

Die Definition der wirtschaftlich berechtigten Person als natürliche Person, für die der Erwerber⁹⁷ letztlich handelt, ist nicht sachgerecht. Basierend darauf muss ein Erwerber unter Umständen nämlich auch solche Personen melden, deren *indirekte* Beteiligungen an der Gesellschaft unbedeutend sind und die diese damit nicht kontrollieren. Das ist weder für die Erfüllung der GAFI Empfehlung 24 erforderlich, noch entspricht es dem in Art. 2a Abs. 3 E-GwG gewählten Ansatz: Sowohl nach den Vorgaben der GAFI als auch nach dem E-GwG ist die wirtschaftlich berechtigte Person eine natürliche Person, die eine juristische Person letztlich *kontrolliert*.⁹⁸

Das vorgeschlagene Konzept führt zur paradoxen Situation, dass in Konzernverhältnissen die Meldepflicht in Bezug auf die Konzernuntergesellschaft unter Umständen weiter geht als in Bezug auf die Konzernobergesellschaft. Dies kann wie folgt veranschaulicht werden: Im Konzern untersteht die Konzernobergesellschaft grundsätzlich der Meldepflicht. Sie hat ihrer Tochtergesellschaft die natürlichen Personen zu melden, für die sie letztlich handelt. Darunter sind *alle* natürlichen Personen zu verstehen, die entweder direkt Anteile der Konzernobergesellschaft halten oder – bei indirekter Beteiligung – sich am Ende der Kontrollkette befinden. Sie muss die einzelnen Aktionäre melden, auch wenn diese in Bezug auf ihre eigene Gesellschaft – also die Konzernobergesellschaft – nicht meldepflichtig sind, weil die 25 Prozent-Schwelle von keinem Anteilseigner erreicht wird. Die gleiche Situation liegt unabhängig von der Aktionärsstruktur auch dann vor, wenn die Aktien der Konzernobergesellschaft börsenkotiert oder als Buch-

effekten ausgestaltet sind, diejenigen der Konzernuntergesellschaft hingegen nicht. In diesem Fall sind nämlich die Anteilsinhaber der Konzernobergesellschaft von der Meldepflicht befreit.⁹⁹

Um eine solche ausschweifende Meldepflicht und die damit verbundenen Inkonsistenzen zu vermeiden, sollte die Definition der wirtschaftlich berechtigten Person derjenigen im E-GwG angeglichen werden. Art. 2a Abs. 3 E-GwG versteht als wirtschaftlich berechtigte Personen die natürlichen Personen, welche eine juristische Person letztlich dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren.

Schliesslich sollte eine Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person, die nicht direkt Anteilseigner ist, immer dann unterbleiben können, wenn diese selbst nicht meldepflichtig ist, weil die Aktien ihrer Gesellschaft börsenkotiert oder als Bucheffekten ausgestaltet sind.

3.4 Ausnahmen von der Meldepflicht

Wie bei der Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien sieht Art. 697j E-OR Ausnahmen für Gesellschaften vor, deren Aktien als Bucheffekten ausgestaltet oder an einer Börse kotiert sind. Es kann insofern auf die Ausführungen in IV.2.4 verwiesen werden. Darüber hinaus bestehen jedoch im Kontext von Art. 697j E-OR zusätzliche Unklarheiten:

In der Botschaft wird explizit erwähnt, dass die Ausnahme für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien nur gelte, wenn *alle* Aktien der Gesellschaft an einer Börse gehandelt werden.¹⁰⁰ Dies ist wie bei der Meldepflicht nach Art. 697i E-OR¹⁰¹ abzulehnen, da nach dem Börsenrecht der wirtschaftlich Berechtigte bei Erreichen, Unter- oder Überschreiten der entsprechenden Grenzwerte auch dann meldepflichtig ist, wenn nur *ein Teil* der *Beteiligungspapiere* der Gesellschaft börsenkotiert ist.¹⁰²

Nach dem Gesetzestext von Art. 697j Abs. 3 E-OR und der Botschaft¹⁰³ besteht dann eine Ausnahme von der Meldepflicht, wenn die *Inhaberaktien* als Bucheffekten ausgestaltet sind. Eine Beschränkung auf Inhaberaktien erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, da die Pflicht zur Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Per-

⁹³ Vgl. Art. 32 Abs. 1 BEHG.

⁹⁴ Botschaft 2013 (FN 3), 659.

⁹⁵ Der Terminus wird jedoch bereits in Art. 4, 5 und 30 GwG, Art. 305^{ter} StGB und in Art. I Ziff. 1 Abs. 3 SCBP verwendet.

⁹⁶ Bzw. im Vorentwurf Art. 2a Abs. 3 und 4 VE-GwG.

⁹⁷ Dies ist nach dem Entwurf der formale Aktionär.

⁹⁸ Vgl. oben III.2.1.

⁹⁹ Vgl. unten IV.3.4.

¹⁰⁰ So explizit Botschaft 2013 (FN 3), 659. Ein Verweis auf die Notwendigkeit der Kotierung «aller Aktien» fehlt jedoch bei der Beschreibung der Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien; vgl. Botschaft 2013 (FN 3), 658.

¹⁰¹ Vgl. IV.2.4a.

¹⁰² Art. 20 Abs. 1 und 5 BEHG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BEHV-FINMA. Vgl. hierzu BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 52; MEIER-SCHATZ (FN 64), Art. 20 N 5 und 17 f.; GOTSCHKE (FN 73), § 2 N 245.

¹⁰³ Botschaft 2013 (FN 3), 660.

son sowohl Erwerber von Namen-, als auch von Inhaberaktien betrifft. Deshalb muss auch bei buchmässig geführten Namenaktien eine Ausnahme von der Meldepflicht bestehen.

3.5 Weitere Modalitäten der Meldung

Als meldepflichtige Person gilt jeder *Erwerber* von Inhaber- oder Namenaktien, der den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht bzw. überschreitet. Adressat der Meldung ist die Gesellschaft, wobei Meldungen, die Inhaberaktien betreffen, wiederum alternativ an einen Finanzintermediär nach GwG erfolgen können.¹⁰⁴

Wie bei der Meldepflicht nach Art. 697i E-OR hat die Meldung innerhalb eines Monats ab Erwerb zu erfolgen.¹⁰⁵

Der Aktionär, der eine Meldung über die wirtschaftlich berechnete Person vorgenommen hat, muss zusätzlich jede Änderung der Identifizierungsangaben (Vor- und Nachname oder Adresse) der an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Person melden.¹⁰⁶ Für die Vornahme dieser Meldung sieht der Gesetzesentwurf keine Frist vor.

4. Alternative Meldung an einen Finanzintermediär

4.1 Gesetzeswortlaut und Zweck

Nach Art. 697k Abs. 1 E-OR kann die Generalversammlung vorsehen, dass die Meldungen nach Art. 697i und 697j E-OR, die Inhaberaktien betreffen, nicht der Gesellschaft zu erstatten sind, sondern einem dem GwG unterstellten Finanzintermediär.

Eine solche Delegation soll es ermöglichen, bei Bedarf die für Inhaberaktien charakteristische Anonymität des Inhaberaktionärs gegenüber der Gesellschaft zu wahren,¹⁰⁷ ohne dass auf die im internationalen Kontext geforderte Transparenz verzichtet werden muss.¹⁰⁸ Zudem können durch eine solche Delegation immer dann Kosten gespart werden, wenn der Aufbau und die Administration eines eigenen Meldesystems teurer sind als die Delegation an einen Finanzintermediär, der sowohl über die Infrastruktur als auch über das notwendige Know-

How im Zusammenhang mit solchen Meldesystemen verfügt.¹⁰⁹

4.2 Erfasste Titel

Eine Delegation der Meldung an einen Finanzintermediär soll nur bei Inhaber-, nicht hingegen bei Namenaktien möglich sein.¹¹⁰ Damit können Meldungen der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 697j E-OR nur bei Inhaberaktien an den Finanzintermediär erfolgen.

Begründet wird diese Einschränkung insbesondere damit, dass eine Anwendung auf Namenaktien Art. 685b Abs. 3 OR widersprechen würde.¹¹¹ Dieses Argument vermag aber nicht zu überzeugen: Art. 685b Abs. 3 OR gewährt der Gesellschaft entgegen seinem unpräzisen Wortlaut die Möglichkeit, die Übertragung von nicht kotierten Namenaktien abzulehnen, falls der Erwerber nicht bestätigt, den Erwerb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung getätigt zu haben.¹¹² Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausdehnung der Delegationsmöglichkeit auf Namenaktien am Bestand dieser Übertragungsbeschränkung etwas ändern würde.

Bleibt die Delegationsmöglichkeit auf Inhaberaktien beschränkt, wirft dies verschiedene Fragen auf: Zum einen ist fraglich, wie in der Praxis vorgegangen werden müsste, wenn die 25 Prozent-Schwelle für eine Meldung nach Art. 697j E-OR durch den Erwerb sowohl von Inhaberal als auch von Namenaktien erreicht oder überschritten wurde. Zudem führt die Verknüpfung der Delegation mit der Verzeichnisführungspflicht zu Problemen.¹¹³

4.3 Kompetenzverteilung

Grundsätzlich entscheidet die Generalversammlung, ob Meldungen nach Art. 697i und 697j E-OR der Gesellschaft oder einem dem GwG unterstellten Finanzintermediär zu erstatten sind. Allerdings kann diese Kompetenz in den Statuten auch dem Verwaltungsrat übertragen werden.¹¹⁴

Der Finanzintermediär wird durch den Verwaltungsrat bezeichnet und den Aktionären bekannt gegeben.¹¹⁵ Die Bekanntmachung hat in der statutarisch vorgesehenen Form zu erfolgen.¹¹⁶

¹⁰⁴ Art. 697k E-OR.

¹⁰⁵ Wie bei Art. 697i E-OR war auch hier in der Vernehmlassungsvorlage noch keine spezifische Frist, sondern eine «unverzügliche» Meldung vorgesehen. Siehe zur diesbezüglichen Kritik den Bericht Vernehmlassungsergebnisse (FN 63), 13 und 19.

¹⁰⁶ Art. 697j Abs. 2 E-OR. Gleiches gilt für die Meldung des Inhaberaktionärs; vgl. hierzu oben IV.2.5.

¹⁰⁷ Botschaft 2013 (FN 3), 660.

¹⁰⁸ Botschaft 2013 (FN 3), 660; vgl. auch Bericht Vernehmlassungsergebnisse (FN 63), 17.

¹⁰⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 661.

¹¹⁰ Botschaft 2013 (FN 3), 660.

¹¹¹ Botschaft 2013 (FN 3), 660.

¹¹² Denselben Ablehnungsgrund sieht Art. 685d Abs. 2 OR für börsenkotierte Namenaktien vor. Der Gesetzeswortlaut dieser Bestimmungen, der eine Verweigerung der *Eintragung in das Aktienbuch* vorsieht, erweist sich als unpräzise. Vgl. BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 685b N 15 und Art. 685d N 10.

¹¹³ Vgl. hierzu IV.5.2.

¹¹⁴ Botschaft 2013 (FN 3), 660.

¹¹⁵ Art. 697k Abs. 2 E-OR.

¹¹⁶ Art. 626 Ziff. 7 OR; vgl. auch Botschaft 2013 (FN 3), 661.

4.4 Kooperation zwischen Gesellschaft und Finanzintermediär

Nach Art. 697k Abs. 3 E-OR hat der Finanzintermediär der Gesellschaft jederzeit darüber Auskunft zu erteilen, für *welche* Inhaberaktien¹¹⁷ die vorgeschriebenen Meldungen erstattet und der Besitz nachgewiesen wurde. Nur in diesem Fall ist es für die Gesellschaft möglich, zu entscheiden, welche Inhaberaktionäre berechtigt sind, ihre Mitgliedschafts- und Vermögensrechte auszuüben.¹¹⁸

Nach der Botschaft statuiert Art. 697k Abs. 3 E-OR nur die minimale Auskunftspflicht des Finanzintermediärs gegenüber der Gesellschaft.¹¹⁹ Der Umfang der Pflicht zur Weitergabe von Informationen sei vom Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Finanzintermediär sowie den Gründen für die Delegation (z.B. Wahrung der Anonymität oder Kostengründe) abhängig.¹²⁰ So sei die Preisgabe der Identität der Inhaberaktionäre insbesondere dann nicht möglich, wenn der Grund für die Delegation in der Wahrung der Anonymität lag.¹²¹ Unseres Erachtens ist fraglich, ob der Umstand, dass der Informationsumfang und damit die Anonymität des Inhaberaktionärs massgeblich von der Delegationsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Finanzintermediär abhängt, vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist. Wird das Bedürfnis des Inhaberaktionärs nach Anonymität gegenüber der Gesellschaft anerkannt, sollte zumindest von den *Aktionären* festgelegt werden können, ob eine über den in Art. 697k Abs. 3 E-OR festgelegten Umfang hinausgehende Information an die Gesellschaft erfolgen darf.

Fraglich ist, wie bei einer Meldung an einen Finanzintermediär die Aktionärsrechte unter Wahrung der Anonymität des Inhaberaktionärs geltend gemacht werden können. Bei Dividenden wäre beispielsweise denkbar, dass die Gesellschaft diese an den Finanzintermediär ausbezahlt, der dann die weitere Verteilung an die Inhaberaktionäre vornimmt. Schwieriger erweist sich die Situation bei der Ausübung der Mitwirkungsrechte: Stellt der Finanzintermediär zugunsten des Inhaberaktionärs eine Legitimationsbescheinigung auf den Namen aus

oder teilt er der Gesellschaft dessen Identität mit, hat dies die Aufhebung der Anonymität zur Folge. Im gegenteiligen Fall ist nicht sicher, ob die Person, welche die Aktionärsrechte ausübt, auch tatsächlich berechtigter Eigentümer (bzw. dessen Stellvertreter) ist oder aber ein Erwerber, der seiner Meldepflicht nach Art. 697i E-OR nicht nachgekommen ist. Es bleibt zu klären, ob es noch andere Möglichkeiten gibt, als dass der Finanzintermediär an der Generalversammlung teilnimmt, um die berechtigten Inhaberaktionäre vor Ort zu identifizieren.

5. Verzeichnis über Inhaberaktionäre

5.1 Gesetzeswortlaut

Nach Art. 697l Abs. 1 E-OR führt die Gesellschaft ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre sowie über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen. Der Entwurf geht davon aus, dass die beiden Arten von Meldungen ins gleiche Verzeichnis aufzunehmen sind.¹²²

5.2 Adressat der Verzeichnisführungspflicht

Verzeichnisführungspflichtig ist grundsätzlich die Gesellschaft. Innerhalb der Gesellschaft trifft die Pflicht zur Führung des Verzeichnisses wie beim Aktienbuch den Verwaltungsrat, der diese Aufgabe jedoch delegieren kann.¹²³ Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Gesellschaft den Erhalt der Meldungen nach Art. 697i und 697j E-OR¹²⁴ an einen Finanzintermediär übertragen hat. In diesem Fall ist dieser für die Führung des Verzeichnisses und auch für die Aufbewahrung der den Meldungen zugrundeliegenden Dokumente zuständig.¹²⁵ Der Verwaltungsrat ist nur noch für die gehörige Auswahl, Instruktion und Überwachung des Finanzintermediärs verantwortlich.

Unklar ist, ob im Fall einer Delegation der Meldungen an einen Finanzintermediär das durch diesen geführte Verzeichnis auch etwaige nach Art. 697j E-OR gemeldete, an *Namenaktien* wirtschaftlich berechnigte Personen enthalten muss oder ob in diesem Fall zwei¹²⁶ Verzeichnisse zu führen sind. Diese Frage stellt sich deshalb, weil der Entwurf davon ausgeht, dass diese Meldungen immer an die Gesellschaft erstattet werden müssen.¹²⁷ Der Gesetzesentwurf äussert sich zu dieser Frage nicht, scheint jedoch den Finanzintermediär in umfassender Weise als für die Verzeichnisführung zuständig zu erklä-

¹¹⁷ Die Botschaft 2013 (FN 3), 661 nimmt für die Meldung nach Art. 697j E-OR zusätzlich auf *Namenaktien* Bezug. Aufgrund des expliziten Gesetzeswortlauts von Art. 697k E-OR, wonach eine Delegation an einen Finanzintermediär nach GwG nur für Meldungen, die Inhaberaktien betreffen, möglich ist, muss es sich hier um ein redaktionelles Versehen handeln.

¹¹⁸ Botschaft 2013 (FN 3), 661. Vgl. IV.6.1 für die gesellschaftsrechtlichen Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten nach Art. 697i und 697j E-OR.

¹¹⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 660 f.

¹²⁰ Botschaft 2013 (FN 3), 660 f.

¹²¹ Botschaft 2013 (FN 3), 661. Diesfalls beschränke sich die Auskunft darauf, für *welche* Inhaberaktien eine Meldung erfolgte, was bei verkündeten Inhaberaktien durch Mitteilung der Identifizierungsmerkmale (i.d.R. die Aktiennummer und/oder ein Buchstabe) erfolge.

¹²² Vgl. z.B. Art. 697l Abs. 2 E-OR: «Dieses Verzeichnis ...».

¹²³ Vgl. diesbezüglich FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 26), § 43 N 76; BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 686 N 2.

¹²⁴ Diese nur bezüglich Inhaberaktien.

¹²⁵ Art. 697l Abs. 4 E-OR. Zur Aufbewahrungsdauer vgl. unten IV.5.6a.

¹²⁶ Ein durch die Gesellschaft und ein durch den Finanzintermediär geführtes Verzeichnis.

¹²⁷ Art. 697k Abs. 1 E-OR; vgl. oben IV.4.2.

ren. Dies hätte zur Folge, dass die Gesellschaft die sich auf Namenaktien beziehenden Angaben nach dem Eingang der Meldung an den Finanzintermediär übermitteln muss, was umständlich und fehleranfällig ist. Würden hingegen zwei Verzeichnisse über die wirtschaftlich Berechtigten geführt, dann wären die Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten getrennt, was ebenfalls keinen Sinn macht. Auch unter diesem Aspekt drängt es sich auf, die Delegation an einen Finanzintermediär auf Meldungen der wirtschaftlich berechtigten Person an Namenaktien auszudehnen.¹²⁸

5.3 Gegenstand der Eintragung

Das Verzeichnis enthält den Vor- und Nachnamen bzw. die Firma sowie die Adresse der meldepflichtigen Inhaberaktionäre und der gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen.¹²⁹ Zusätzlich sieht der Gesetzesentwurf vor, dass das Verzeichnis die Staatsangehörigkeit sowie das Geburtsdatum der *Inhaberaktionäre* enthält, sofern es sich bei diesen um natürliche Personen handelt.¹³⁰ Weshalb diese letzteren Angaben bei Inhaber-, nicht aber bei Namenaktionären relevant sein sollen, ist nicht nachvollziehbar.

Obwohl im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt, muss das Verzeichnis unseres Erachtens in Bezug auf Meldungen nach Art. 697i E-OR zusätzlich den Bestand der vom jeweiligen Inhaberaktionär gehaltenen Aktien enthalten.¹³¹

5.4 Einsichtnahme ins Verzeichnis

Der Gesetzesentwurf äussert sich nicht zur Frage der Einsichtnahme ins Verzeichnis durch andere Aktionäre oder weitere Drittpersonen.¹³² Dies im Gegensatz etwa zu Art. 973c Abs. 2 OR, der festhält, dass das Wertrechtbuch nicht öffentlich ist.¹³³

Gemäss Botschaft ist das Verzeichnis nicht öffentlich, d.h., weder Dritte noch andere Aktionäre können in dieses Einsicht nehmen.¹³⁴ Hingegen hat jeder im Verzeichnis eingetragene Inhaberaktionär oder wirtschaftlich Berechtigte einen Anspruch darauf, vom Verzeichnissführer Auskunft über die ihn betreffenden, im Verzeichnis

enthaltenen Angaben zu erhalten oder alternativ diesbezüglich in das Verzeichnis Einsicht zu nehmen.¹³⁵ Dieser Anspruch stützt sich zumindest auf Art. 8 DSGVO.¹³⁶ Dies entspricht der Rechtslage von Namenaktionären in Bezug auf ihren eigenen Eintrag im Aktienbuch.¹³⁷

5.5 Verhältnis zwischen Verzeichnis und Aktienbuch

Bei Gesellschaften, die Namenaktien ausgegeben haben, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Verzeichnis nach Art. 697l E-OR und dem Aktienbuch. Unseres Erachtens ist dieser Fall gleich zu behandeln, wie wenn die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat. Für diese ist nämlich nur ein Verzeichnis zu führen.¹³⁸ Deshalb kann auch das Aktienbuch mit dem Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen kombiniert werden. Selbstredend muss es in diesem Fall mit den Angaben der wirtschaftlich berechtigten Personen im Sinne von Art. 697j E-OR ergänzt werden und zusätzlich die formalen Erfordernisse nach Art. 697l E-OR erfüllen.

5.6 Zugang und Aufbewahrungsdauer

a. Aufbewahrungsdauer

Die Dauer der Aufbewahrung für die den Meldungen nach Art. 697i und 697j E-OR zugrundeliegenden Dokumente beträgt zehn Jahre seit der Streichung der Person aus dem Verzeichnis.¹³⁹ Dies entspricht der von den Finanzintermediären nach Art. 7 GwG zu beachtenden Aufbewahrungsfrist.¹⁴⁰ Dieselbe Aufbewahrungsdauer gilt neu auch für diejenigen Dokumente, auf deren Grundlage die Eintragung in das Aktienbuch erfolgte.¹⁴¹

Was heute schon für die Aufbewahrung der Geschäftsbücher einer Gesellschaft gilt, soll in Zukunft ausdrücklich auch für das Verzeichnis und das Aktienbuch gelten.¹⁴² Diese sowie die ihnen zugrundeliegenden Dokumente müssen während zehn Jahren nach der Löschung der Ge-

¹²⁸ Vgl. dazu oben IV.4.2.

¹²⁹ Art. 697l Abs. 2 E-OR.

¹³⁰ Art. 697l Abs. 2 Satz 2 E-OR; Botschaft 2013 (FN 3), 662. Diese zusätzlichen Angaben waren im Vorentwurf noch nicht vorgesehen; vgl. Art. 697l VE-OR. Die Staatsangehörigkeit und das Geburtsdatum sind der Gesellschaft bzw. dem Finanzintermediär aufgrund der Identifizierungspflichten bei der Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien bekannt (vgl. Art. 697i Abs. 2 lit. a–c E-OR), weshalb eine besondere Meldung dieser Daten nicht erforderlich ist.

¹³¹ Vgl. diesbezüglich auch IV.2.5.

¹³² Dieser Umstand wurde in der Vernehmlassung entsprechend kritisiert; vgl. Bericht Vernehmlassungsergebnisse (FN 63), 22.

¹³³ Vgl. hierzu BSK Wertpapierrecht-Pöschel/Maizar, Art. 973c N 45 f.

¹³⁴ Botschaft 2013 (FN 3), 661.

¹³⁵ Botschaft 2013 (FN 3), 661 f.

¹³⁶ Nach Art. 8 DSGVO ist jeder Inhaber einer Datensammlung dazu verpflichtet, der von der Datenbearbeitung betroffenen Person alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten mitzuteilen. Vgl. hierzu BSK DSGVO-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8.

¹³⁷ Botschaft 2013 (FN 3), 662. Vgl. diesbezüglich BÖCKLI (FN 14), § 6 N 367 und BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER, Art. 686 N 8.

¹³⁸ Vgl. oben IV.5.1.

¹³⁹ Art. 697l Abs. 3 E-OR. Grundsätzlich sollte auch eine Digitalisierung der betreffenden Dokumente zulässig sein; vgl. Botschaft 2013 (FN 3), 657.

¹⁴⁰ Vgl. Botschaft 2013 (FN 3), 662.

¹⁴¹ Art. 686 Abs. 5 E-OR. Die Aufbewahrungsdauer beginnt hier mit der Streichung des Eigentümers oder des Nutznießers aus dem Aktienbuch.

¹⁴² Hintergrund dieser Ausdehnung ist Ziff. 10 der Interpretationsnote zur GAFI Empfehlung 24, die unter anderem vorsieht, dass alle die Gesellschaft betreffenden Informationen während mindestens fünf Jahren nach der Auflösung oder Löschung aufzubewahren sind; vgl. The FATF Recommendations (FN 6), 86 (No 10 Interpretative Note to Recommendation 24) und Botschaft 2013 (FN 3), 664.

sellschaft an einem sicheren Ort aufbewahrt werden.¹⁴³ Wie bereits heute ist dieser Ort durch die Liquidatoren oder, wenn sich diese nicht einigen können, durch das Handelsregisteramt zu bezeichnen.¹⁴⁴

b. Zugriff in der Schweiz

Verzeichnis und Aktienbuch müssen so geführt werden, dass in der Schweiz jederzeit darauf zugegriffen werden kann.¹⁴⁵ Nach Art. 747 Abs. 2 E-OR ist ein jederzeitiger Zugriff in der Schweiz zudem auch während der Aufbewahrungsdauer nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu gewährleisten. Solange der Zugriff in der Schweiz sichergestellt ist, ist bei der elektronischen Führung des Aktienbuchs bzw. Verzeichnisses auch eine Auslagerung ins Ausland auf verschiedenen Stufen denkbar.¹⁴⁶

Dass eine jederzeitige lokale Zugriffsmöglichkeit auch für die den Meldungen nach Art. 697i und 697j E-OR oder die dem Aktienbuch zugrunde liegenden Dokumente bestehen muss, geht aus dem Gesetzesentwurf nicht hervor und ist deshalb zu verneinen.

Auf das Aktienbuch und das Verzeichnis muss nach Art. 718 Abs. 4 E-OR durch eine zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigte Person zugegriffen werden können, die Mitglied des Verwaltungsrats oder Direktor ist und zudem Wohnsitz in der Schweiz hat.¹⁴⁷ Wird das Verzeichnis durch einen Finanzintermediär geführt, gilt dieses Erfordernis nicht.¹⁴⁸ Weil der Finanzintermediär dem GwG unterstellt sein muss, wird diesfalls der Zugriff durch diesen gewährleistet.¹⁴⁹

6. Rechtsfolgen bei Verletzung der Meldepflichten

6.1 Gesellschaftsrechtliche Sanktionen

a. Mitgliedschaftsrechte

Nach Art. 697m Abs. 1 E-OR ruhen die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Er-

werb gemeldet werden muss, solange der Aktionär seinen Meldepflichten nach Art. 697i bzw. 697j E-OR nicht nachgekommen ist.

Mit den Mitgliedschaftsrechten ist gemäss der Botschaft primär das *Stimmrecht* des Aktionärs gemeint.¹⁵⁰ Die Begriffswahl im Gesetzesentwurf erweist sich daher als wenig präzise. Unter den Mitgliedschaftsrechten werden nämlich häufig sämtliche Rechte des Aktionärs, d.h. sowohl die Mitwirkungs-¹⁵¹, Informations-¹⁵² und Schutzrechte¹⁵³ als auch die Vermögensrechte verstanden.¹⁵⁴ Im Aktienrecht wird der Begriff der «persönlichen Mitgliedschaftsrechte» in der Marginalie zu Art. 689–697g OR hingegen im Zusammenhang mit den Mitwirkungs- und Informationsrechten verwendet.¹⁵⁵

Da Art. 697m Abs. 2 und 3 E-OR für die Vermögensrechte eigenständige Regelungen enthalten, werden diese vom Begriff der Mitgliedschaftsrechte nach Art. 697m Abs. 1 E-OR nicht erfasst. Fraglich ist jedoch, ob der Aktionär bei einer Verletzung der Meldepflichten nur die Mitwirkungsrechte oder daneben auch die Informations- (bzw. Kontroll-)rechte nach Art. 689–697g OR nicht ausüben kann. Der Gesetzeswortlaut deutet auf Letzteres hin.¹⁵⁶ Unklar ist weiter, ob der Aktionär auch

¹⁵⁰ Botschaft 2013 (FN 3), 662.

¹⁵¹ Hierunter fallen primär das Recht auf Teilnahme und Ausübung des Stimm- und Wahlrechts an der Generalversammlung.

¹⁵² Auch Kontrollrechte oder Informations- und Kontrollrechte genannt. Hierunter fallen das Auskunftsrecht jedes Aktionärs in der Generalversammlung, das Recht des Aktionärs auf Einsicht in den bzw. Bekanntgabe des Geschäfts- und Revisionsbericht(s), das Recht des Aktionärs auf Einsicht in spezifische Akten der Gesellschaft bei Bestehen einer ausdrücklichen Ermächtigung der Generalversammlung oder eines Beschlusses des Verwaltungsrats sowie das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung.

¹⁵³ Hierzu gehören das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, die Verantwortlichkeitsklage, die Informationsklage, die Klage auf Abberufung des Liquidators aus wichtigen Gründen, die Klage auf Abberufung der Revisionsstelle, die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund sowie die Klagen nach dem FusG.

¹⁵⁴ Vgl. für diese Aufteilung DRUEY/GLANZMANN, (FN 16), § 11 N 5–67 und (mit einer leicht anderen Terminologie) MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 19), § 16 N 167–248. So auch der Begriff der «Anteils- und Mitgliedschaftsrechte» im Fusionsgesetz; vgl. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. Aufl., Bern 2014, N 47.

¹⁵⁵ Darüber hinaus wird der Begriff des «Mitgliedschaftsrechts» im Aktienrecht in Art. 732a Abs. 1 OR im Zusammenhang mit der Durchführung einer Harmonika verwendet.

¹⁵⁶ Vgl. auch die Situation bei der börsenrechtlichen Stimmrechtssuspendierung, bei der ein bedeutender Teil der Lehre davon ausgeht, dass mit der Suspendierung des Stimmrechts wie bei Art. 685f Abs. 2 OR eine «Fernwirkung» auf sämtliche mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Rechte eintritt. So ROLF WATTER/CORRADO RAMPINI/THOMAS CANDRIAN, in: Kunz et. al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, 793–815, 809 f.; ROLF WATTER, Rechtliche Konsequenzen bei Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten gemäss Art. 20 und 31 BEHG – mit Schwerpunkt auf den verwaltungsstrafrechtlichen Folgen nach Art. 41 BEHG, in: Ackermann/Wohlers (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2009, 165–196, 190 f.; BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 218. A.M. PETER V. KUNZ, Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsengesetz, Eine neue Sanktion bei Meldepflichtverletzungen mit

¹⁴³ Art. 747 Abs. 1 Satz 1 E-OR. Aufgrund der Verweisungsnorm von Art. 826 Abs. 2 und 913 Abs. 1 OR gilt die Aufbewahrungspflicht auch für die GmbH und die Genossenschaft.

¹⁴⁴ Art. 747 Abs. 1 Satz 2 E-OR.

¹⁴⁵ Art. 686 Abs. 1 Satz 2 und 697l Abs. 5 E-OR.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 27. Februar 2013, 39 erhältlich unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2309/GAFI-2012_Erl-Bericht_de.pdf> (zuletzt aufgerufen am 3. Februar 2014).

¹⁴⁷ Hintergrund dieses Erfordernisses ist Ziff. 9 der Interpretationsnote zur GAFI Empfehlung 24, die vorsieht, dass eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz berechtigt sein muss, den zuständigen Behörden die Informationen über die Aktionäre bzw. wirtschaftlich Berechtigten zu kommunizieren; vgl. The FATF Recommendations (FN 6), 86 (No 9 Interpretative Note to Recommendation 24) und Botschaft 2013 (FN 3), 664.

¹⁴⁸ Art. 718 Abs. 4 letzter Teilsatz E-OR.

¹⁴⁹ Botschaft 2013 (FN 3), 664.

von der Ausübung seiner Schutzrechte ausgeschlossen sein soll. Dies wäre unseres Erachtens nicht angebracht. Mit der Anhebung einer Klage wird automatisch die Anonymität des betreffenden Aktionärs aufgehoben, womit in Bezug auf ihn die durch die Meldepflichten bezweckte Transparenz hergestellt ist.

Schliesslich wirft der Gesetzestext in weiterer Hinsicht Fragen auf: Da vorgesehen ist, dass die Mitgliedschaftsrechte ruhen, solange der Aktionär seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist, entsteht der Eindruck, dass ein Aktionär, der seine Aktien weniger als einen Monat vor der Generalversammlung erworben und (noch) keine Meldung vorgenommen hat, an der Generalversammlung teilnehmen und abstimmen darf. In diesem Fall sind die Meldepflichten aufgrund der Einmonatsfrist nämlich noch nicht verletzt. Diese Interpretation würde allerdings einem Missbrauch Tür und Tor öffnen.¹⁵⁷ Sinnvollerweise müsste deshalb nicht die Erfüllung der Meldepflichten, sondern die effektive Vornahme der Meldung entscheidend sein.

b. Vermögensrechte

In Bezug auf die Vermögensrechte sieht Art. 697m Abs. 2 E-OR vor, dass der Aktionär diese erst dann geltend machen kann, wenn er seinen Meldepflichten nach Art. 697i bzw. 697j E-OR nachgekommen ist. Gemäss Art. 697m Abs. 3 E-OR verwirkt er diese sogar, wenn er seinen Meldepflichten nicht innerhalb eines Monats nach dem Erwerb der Aktien nachkommt.¹⁵⁸ Macht der Aktionär diese Unterlassung durch eine Meldung zu einem späteren Zeitpunkt wieder gut, kann er die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen.¹⁵⁹

Mit den Vermögensrechten ist in erster Linie das *Recht auf Dividendenausschüttung* gemeint.¹⁶⁰ Darüber hinaus gehören zu den vermögensmässigen Rechten jedoch auch etwaige Rechte auf Bauzinsen sowie das Recht auf einen Anteil am Liquidationsüberschuss bei der Auflösung der Gesellschaft.¹⁶¹ Zum Teil vermögensrechtlichen Charakter haben schliesslich Bezugs- und Vorwegzeich-

nungsrechte.¹⁶² Kein Vermögensrecht im Sinne dieser Bestimmung ist das nackte Eigentum an den Aktien.

Wie bezüglich der Mitgliedschaftsrechte muss auch für die Geltendmachung und Verwirkung der Vermögensrechte nicht die Erfüllung der Meldepflicht, sondern die Erstattung der Meldung entscheidend sein.¹⁶³ Dies ergibt sich aus der Systematik von Art. 697m Abs. 2 und 3 E-OR: Die Sistierung der Vermögensrechte gemäss Abs. 2 hätte keine eigenständige Bedeutung, wenn sie erst nach Ablauf der Monatsfrist einsetzen würde; dann greift nämlich bereits die Verwirkung gemäss Abs. 3.

Bei der Rechtsfolge der Verwirkung der Vermögensrechte handelt es sich unseres Erachtens um eine zu weitgehende Massnahme. In Praxis führt sie dazu, dass dem Verzeichnis über die Inhaberaktien und wirtschaftlich berechtigten Personen für die Berechtigung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft eine entscheidende Rolle zukommt. Insoweit ist die Aussage in der Botschaft, wonach das Verzeichnis für die Legitimation gegenüber der Gesellschaft nicht konstitutiv sei¹⁶⁴, zu relativieren. Zwar führt eine Unterlassung der notwendigen Meldungen innert Frist und damit eine Nichteintragung im Verzeichnis nicht zur Verwirkung des Eigentums an der Aktie. Das Dahinfallen des Anspruchs auf die sich aus den Vermögensrechten ergebenden Auszahlungen hat aber zur Folge, dass dem Aktionär in diesem Fall nur noch das nackte Eigentum an seiner Aktie verbleibt.

Schliesslich wirft die vorgesehene Regelung der Verwirkung der Vermögensrechte komplexe Rechtsfragen auf. Erfolgte eine Ausschüttung von Dividenden, ohne dass den Meldepflichten nach Art. 697i und 697j E-OR nachgekommen wurde, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine unerlaubte Einlagerückgewähr durch die Gesellschaft¹⁶⁵ oder um eine verdeckte Gewinnausschüttung¹⁶⁶ handelt. Diese Unterscheidung ist insbesondere im Hinblick auf die Verjährungsfristen relevant.¹⁶⁷ Unklar wäre

grossem Drohpotential, SZW 2008, 280–298, 297; URS SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009, 186 f.; differenzierend PETER NOBEL, «Schlittenfahren» mit Stimmrechtsgesperrten?, in: Oertle et al. (Hrsg.), M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, 265–281, 280 f., der die Ansicht vertritt, dass das Recht auf Auskunft und Einsicht sowie das Sonderprüfungsbegehren auch vom Stimmrechtsgesperrten über die Generalversammlung geltend gemacht werden kann.

¹⁵⁷ Dies z.B. durch eine jeweils kurz vor der Generalversammlung erfolgende Übertragung zur Ausübung der Stimmrechte und Geltendmachung des Dividendenanspruchs und die Abrede zur Rückübertragung nach der Generalversammlung.

¹⁵⁸ Art. 697m Abs. 3 Satz 1 E-OR.

¹⁵⁹ Art. 697m Abs. 3 Satz 2 E-OR.

¹⁶⁰ Botschaft 2013 (FN 3), 662.

¹⁶¹ MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER (FN 19), § 16 N 168.

¹⁶² MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER (FN 19), § 16 N 168. Diese vermitteln nach MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER (FN 19), § 16 N 231 hingegen nicht nur Vermögens- sondern auch Mitwirkungs- und Schutzrechte, weshalb eine Einstufung als (reines) Vermögensrecht unpräzise wäre.

¹⁶³ Vgl. oben IV.6.1a.

¹⁶⁴ Botschaft 2013 (FN 3), 662.

¹⁶⁵ Art. 680 Abs. 2 OR.

¹⁶⁶ Art. 678 OR.

¹⁶⁷ Für die Verjährung der verdeckten Gewinnausschüttung vgl. Art. 678 Abs. 4 OR. Bei einer unerlaubten Einlagerückgewähr unterliegt die Forderung der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär der zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR; vgl. BGE 102 II 353 E. 4b; BGE 4C.229/2004 vom 9. August 2004, E. 3.3. Uneinigkeit besteht darüber, wann bei der Einlagerückgewähr die Verjährungsfrist beginnt; mit Ausnahme von BÖCKLI (FN 14), § 1 N 327 FN 618 geht die Lehre davon aus, dass der Beginn nicht im Zeitpunkt der Vornahme der Einlagerückgewähr ist, sondern frühestens im Zeitpunkt der Rückforderung durch den Verwaltungsrat (so FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 26), § 14 N 41, CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998, 202 und F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1970, 165) bzw. der

auch die Behandlung von trotz einer Meldepflichtverletzung zugeteilten und ausgeübten Bezugsrechten.

c. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats und Anfechtung nach Art. 691 Abs. 3 OR

Der Verwaltungsrat hat nach Art. 697m Abs. 4 E-OR sicherzustellen, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben. Er muss also insbesondere Massnahmen treffen, damit keine Dividendenausschüttungen oder andere sich aus den Vermögensrechten ergebende Auszahlungen an Aktionäre getätigt werden, die ihrer Meldepflicht nicht nachgekommen sind. Eine entsprechende Pflichtverletzung kann zu einer Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR führen.

Daneben muss der Verwaltungsrat auch sicherstellen, dass solche Aktionäre nicht zur Teilnahme an der Generalversammlung zugelassen werden. Dies bedingt eine Prüfung der Berechtigung, die entweder an oder – bei einem grossen Aktionärskreis – vor der Generalversammlung durchgeführt werden muss.¹⁶⁸ Erfolgt die Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien aufgrund einer Delegation nach Art. 697k E-OR an einen Finanzintermediär, drängt sich für die Legitimationsprüfung¹⁶⁹ eine Zusammenarbeit mit diesem auf.¹⁷⁰ Eine Teilnahme von Unberechtigten kann zur Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 691 Abs. 3 OR führen.

6.2 Strafrechtliche Sanktionen

Nach dem Gesetzesentwurf wird mit Busse¹⁷¹ bestraft, wer vorsätzlich seinen Meldepflichten nach Art. 697i Abs. 1 bzw. Art. 697j Abs. 1 E-OR nicht nachkommt.¹⁷² Mit der gleichen Strafe bedroht wird die vorsätzliche Verletzung der Pflicht nach Art. 697i Abs. 3 und 697j Abs. 2 E-OR zur Meldung einer Änderung des Vor- oder Nachnamens bzw. der Firma oder der Adresse.¹⁷³

Zusätzlich wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die Inhaberakti-

onäre sowie über die an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen nicht korrekt führt.¹⁷⁴

6.3 Ungleiche Rechtsfolgen für Aktionäre

Aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Meldepflichten sind in erster Linie Inhaberaktionäre von den Rechtsfolgen bei deren Verletzung betroffen. Namenaktionäre sehen sich nur im Fall der Unterlassung der Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person mit Sanktionen konfrontiert. Keine Konsequenzen zeitigt hingegen die fehlende Meldung zur Eintragung ins Aktienbuch. Ebenfalls nicht von den Rechtsfolgen nach Art. 697m E-OR sowie Art. 327 E-StGB betroffen sind Aktionäre von Gesellschaften, für die aufgrund einer Börsenkotierung oder der Ausgestaltung der Aktien als Bucheffekten eine Ausnahme von den Meldepflichten besteht. In dieser Ungleichbehandlung der einzelnen Aktionäre liegt nach unserer Ansicht ein Wertungswiderspruch:

Bei Namenaktionären geht der Gesetzesentwurf offenbar davon aus, dass sich diese zwingend in das Aktienbuch eintragen lassen müssen, um ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft ausüben zu können.¹⁷⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das aber nicht der Fall. Vielmehr hat die Eintragung im Aktienbuch nur die Wirkung einer widerlegbaren Vermutung, die durch den Nachweis umgestossen werden kann, dass ein Nichteintragener Aktionär ist, oder umgekehrt, dass ein Eingetragener nicht Aktionär ist.¹⁷⁶ Entsprechend oft wird in der Praxis die Führung des Aktienbuchs unterlassen, was offenbar unter den im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Aspekten nie als Problem erkannt worden ist. Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, weshalb Inhaberaktionäre bei einer Nichtwahrnehmung ihrer Meldepflicht nach Art. 697i E-OR sanktioniert werden sollen.

Ähnlich ist die Situation in Bezug auf das Verhältnis von Aktionären börsenkotierter und privater Gesellschaften. Bei einer Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht können die Aufsichtsbehörde¹⁷⁷, die Gesellschaft oder ein Aktionär beim Gericht die Suspendierung des Stimmrechts des Meldepflichtigen verlangen. Der Richter kann daraufhin das Stimmrecht für die Dauer von bis zu fünf Jahren suspendieren.¹⁷⁸ Ein Verlust von Vermö-

Konkurseröffnung über die Gesellschaft (so KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Verjährung der Forderungen, Bern 1975, 59 (insb. FN 23) und 268). BSK OR II-KURER/KURER, Art. 680 N 26, geht sogar von der Unverjährbarkeit der Forderung aus.

¹⁶⁸ Botschaft 2013 (FN 3), 663.

¹⁶⁹ Gleiches gilt für die Kontrolle darüber, dass durch den Aktionär auch keine anderen Rechte ausgeübt werden können.

¹⁷⁰ Botschaft 2013 (FN 3), 663. Dieser ist vor diesem Hintergrund nach Art. 697k Abs. 3 E-OR zur Auskunft an die Gesellschaft verpflichtet; vgl. hierzu IV.4.4.

¹⁷¹ Nach Art. 106 Abs. 1 StGB beträgt der Höchstbetrag einer Busse CHF 10'000, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Dieser Betrag ist damit wesentlich tiefer als der mutmassliche Bussenbetrag bei einer Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten; vgl. Art. 41 BEHG.

¹⁷² Art. 327 lit. a und b E-StGB.

¹⁷³ Art. 327 lit. c E-StGB.

¹⁷⁴ Art. 327a lit. a E-StGB. Art. 327a lit. b und c E-StGB sehen eine entsprechende Regelung für die GmbH und für die Genossenschaft vor.

¹⁷⁵ Vgl. Art. 689a OR.

¹⁷⁶ BGE 90 II 164 E. 3 (mit eingehender Begründung); 124 III 350 E. 2c; 137 III 460 E. 3.2.2.

¹⁷⁷ Aktivlegitimiert ist die FINMA oder, wenn die Beteiligung im Hinblick auf ein öfftl. Übernahmeangebot erworben wird, die UEK.

¹⁷⁸ Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG. Zur «Fernwirkung» dieser Stimmrechtssuspendierung auf andere mit dem Stimmrecht zusammenhängende Aktionärsrechte vgl. Literaturnachweise in FN 156.

gensrechten ist hingegen nicht vorgesehen.¹⁷⁹ Daneben sieht Art. 41 BEHG für die Nichtmeldung einer qualifizierten Beteiligung an einer kotierten Gesellschaft eine hohe Bussensanktion vor.¹⁸⁰ Die gesellschaftsrechtlichen Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten gehen damit bei privaten Gesellschaften wesentlich weiter als bei börsenkotierten Gesellschaften. Dies führt unseres Erachtens wieder zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, auch wenn die strafrechtlichen Konsequenzen bei Verletzung der Meldepflichten bei privaten Gesellschaften weniger streng sind.

7. Übergangsbestimmungen

7.1 Anpassung von Statuten und Reglementen

Art. 2 Abs. 1 E-UeB OR legt fest, dass im Handelsregister eingetragene Gesellschaften innerhalb einer Übergangsfrist von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen anpassen müssen. Statutarische und reglementarische Bestimmungen, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zu ihrer Anpassung, längstens aber noch für zwei Jahre in Kraft und sind danach ungültig.¹⁸¹ Die Anpassung betrifft dabei in erster Linie möglicherweise in den Statuten enthaltene Erschwernisse für die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien¹⁸² sowie allenfalls die Kompetenzdelegation an den Verwaltungsrat in Bezug auf die neuen Meldepflichten.¹⁸³

7.2 Meldepflichten

Die Melde- und Verzeichnisführungspflichten sollen mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision entstehen. Art. 3 Abs. 1 E-UeB OR sieht vor, dass zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende *Inhaberaktionäre* ebenfalls den nach Art. 697i und 697j E-OR für den Erwerb geltenden Meldepflichten unterliegen. Dabei beträgt die Frist für eine allfällige Verwirkung der Vermögensrechte im Sinne von Art. 697m Abs. 3 E-OR sechs Monate ab Inkrafttreten des Gesetzes.

Nicht von einer nachträglichen Meldepflicht sollen hingegen Namenaktionäre, die bereits im Besitz von Akti-

en sind, betroffen sein.¹⁸⁴ Dies obwohl Namenaktionäre grundsätzlich ebenfalls zur Meldung der an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 697j E-OR verpflichtet sind.¹⁸⁵ Begründet wird diese Ungleichbehandlung von Inhaber- und Namenaktionären damit, dass von Inhaberaktien aufgrund der damit verbundenen Anonymität des Aktionärs eine erhöhte Geldwäschereigefahr ausgehe.¹⁸⁶

V. Schlussbemerkungen

Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass der Gesetzesentwurf diverse Mängel, Unklarheiten und Inkonsistenzen aufweist. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber diese Defizite beheben würde.

Die ersten Unklarheiten zeigen sich im sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzesentwurfs. Obwohl die Meldepflichten an die vermeintlich klaren Begriffe der Inhaber-¹⁸⁷ bzw. Namenaktie¹⁸⁸ anknüpfen, werden ihnen – wohl ungewollt – auch Partizipationsscheine unterworfen. Dies ergibt sich aufgrund der Regelung, dass die auf Aktien anwendbaren Bestimmungen auch für Partizipationsscheine gelten.¹⁸⁹ Zumindest für die Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 697j E-OR ist dies nicht gerechtfertigt.¹⁹⁰ Andererseits werden andere Inhaberpapiere als Inhaberaktien bzw. -partizipationsscheine, wie z.B. Inhaberoptionen, selbst von der Meldepflicht nach Art. 697i E-OR nicht erfasst.¹⁹¹

Die Meldepflichten werden durch einen «Erwerb» ausgelöst. Es stellt sich hierbei die Frage, ob nur der Erwerb zu Eigentum oder auch noch andere Rechtshandlungen wie z.B. die Einräumung einer Nutzniessung meldepflichtig sind.¹⁹² Wegen der weitreichenden Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Meldepflichten wäre eine detailliertere Regelung wünschenswert.

Der Inhalt der Meldungen und des auf deren Grundlage zu führenden Verzeichnisses wird detailliert vorgegeben. Dabei muss die Meldung nach Art. 697i E-OR keine Angaben zur Anzahl der erworbenen Inhaberaktien enthalten. Diese Information dürfte jedoch zur Sicherstellung der mit der Meldung bezweckten Transparenz relevant sein.¹⁹³ Dafür muss das Verzeichnis bei Inhaberaktionären – nicht aber das Verzeichnis bei Namenaktionären und das Aktienbuch – neben dem Vor- und Nachnamen

¹⁷⁹ Eine «Fernwirkung» auf die Vermögensrechte wird in der Literatur verneint; vgl. NOBEL (FN 156), 280; KUNZ (FN 156), 297; SCHENKER (FN 156), 186 f.; ebenso wohl auch BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 218.

¹⁸⁰ Die Busse beträgt nach Art. 41 Abs. 2 BEHG höchstens das Doppelte des Kauf- oder Verkaufspreises und wird aufgrund der Differenz zwischen dem Anteil, über den der Meldepflichtige neu verfügt, und dem letzten von ihm gemeldeten Grenzwert berechnet. Bei Fahrlässigkeit beträgt die Busse maximal CHF 1 Mio. Bei einer Wiederholung innert fünf Jahren nach der rechtskräftigen Verurteilung beträgt die Busse mindestens CHF 10'000.

¹⁸¹ Art. 2 Abs. 2 E-UeB OR; Botschaft 2013 (FN 3), 666.

¹⁸² Vgl. oben IV.1.

¹⁸³ Vgl. hierzu IV.4.3.

¹⁸⁴ Botschaft 2013 (FN 3), 667.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu IV.3.2.

¹⁸⁶ Botschaft 2013 (FN 3), 667.

¹⁸⁷ Für die Meldungen nach Art. 697i und 697j E-OR.

¹⁸⁸ Für die Meldung nach Art. 697j E-OR.

¹⁸⁹ Art. 656a Abs. 2 OR; vgl. IV.2.2 und IV.3.2.

¹⁹⁰ Vgl. IV.3.2.

¹⁹¹ Vgl. IV.2.2.

¹⁹² Vgl. IV.2.3.

¹⁹³ Vgl. IV.2.5.

bzw. der Firma und der Adresse auch die Staatsangehörigkeit und das Geburtsdatum des Aktionärs enthalten.¹⁹⁴ Ein Grund dafür ist nicht ersichtlich.

Bemerkenswert ist, dass Aktionäre von privaten Gesellschaften strengeren Meldepflichten unterliegen als Aktionäre von börsenkotierten Gesellschaften. Letztere sollen von den Meldepflichten generell ausgenommen werden, weil die börsenrechtliche Meldepflicht die erforderliche Transparenz sicherstelle. Da die Meldepflicht nach Börsenrecht erst ab einer Beteiligung von drei Prozent gilt, bei privaten Gesellschaften jedoch kein Schwellenwert vorgesehen ist, führt dies zu einer unbegründeten Ungleichbehandlung von Aktionären börsenkotierter und privater Gesellschaften. Ferner sollte in diesem Zusammenhang auch klargestellt werden, dass die Ausnahme für börsenkotierte Gesellschaften auch dann Anwendung findet, wenn nur ein Teil der Beteiligungspapiere der Gesellschaft an einer Börse gehandelt wird.¹⁹⁵ Die Ausnahme muss zudem auch bei einer Kotierung an einer ausländischen Börse gelten, sofern in Bezug auf diese mindestens gleichwertige Transparenzvorschriften bestehen.¹⁹⁶

Die Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 697j E-OR erweist sich als zu weitgehend. Sie ist in diesem Umfang weder von der GAFI und dem Global Forum gefordert, noch steht sie im Einklang mit den vorgesehenen Regelungen im E-GwG. Um eine zu ausschweifende Meldepflicht und Inkonsistenzen zu vermeiden, sollte die Definition der wirtschaftlich berechtigten Person an diejenige in Art. 2a Abs. 3 E-GwG angeglichen werden.¹⁹⁷ Zudem sollte eine Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person immer dann unterbleiben dürfen, wenn diese selber nicht meldepflichtig ist, weil für ihre eigene Gesellschaft eine Ausnahme von den Meldepflichten besteht. Schliesslich sollte eine Ausnahme von der Meldepflicht nach Art. 697j E-OR nicht nur für als Bucheffekten ausgestaltete *Inhaberaktien*, sondern auch für in dieser Form ausgegebene *Namenaktien* gelten.¹⁹⁸ Diesbezüglich drängt sich eine Anpassung von Art. 697j Abs. 3 E-OR auf.

Mehrere Unklarheiten bestehen auch im Zusammenhang mit der Delegation des Empfangs der Meldungen an einen Finanzintermediär. Die Beschränkung der Delegation auf Meldungen betreffend Inhaberaktien¹⁹⁹ ist zum einen nicht nötig und wirft zum anderen die Frage auf,

ob diesfalls sowohl die Gesellschaft als auch der Finanzintermediär ein Verzeichnis führen müssten.²⁰⁰ Weiter ist offen, wie bei einer Delegation die Anonymität des Inhaberaktionärs bei der Geltendmachung seiner Rechte sichergestellt werden kann und wie der Finanzintermediär in diesem Fall mit der Gesellschaft kooperieren muss.²⁰¹

Auffallend scharf sind die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Sanktionen bei Verletzung der Meldepflichten. Es bliebe noch zu prüfen, ob derart weitgehende Sanktionen überhaupt notwendig sind, um die Empfehlungen der GAFI und die Vorgaben des Global Forum zu erfüllen.²⁰² Die vorgeschlagenen Sanktionen bei Verletzung der Meldepflichten, nämlich die Sistierung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte, die Verwirkung der Vermögensrechte und die Strafbarkeit erscheinen aus unterschiedlichen Gründen als unangemessen: So ist einmal zu beachten, dass der beabsichtigten Gesetzesnovelle nicht nur Grossunternehmen – wie dies z.B. bei der VegüV der Fall ist – oder regulierte Unternehmen wie z.B. Banken unterliegen werden. Vielmehr werden zahlreiche kleinere Gesellschaften²⁰³ davon betroffen sein, die kaum regelmässig rechtlich beraten werden. Hinzu kommt, dass die meisten dieser Gesellschaften über keine Revisionsstelle verfügen, die allenfalls einmal im Jahr auf die entsprechenden Pflichten aufmerksam machen könnte.²⁰⁴ Damit besteht die Gefahr, dass solche Gesellschaften nie oder zumindest nicht innerhalb der kurzen Übergangsfrist von sechs Monaten²⁰⁵ von den neuen Meldepflichten erfahren werden. Dies führt nicht nur zu einer unnötigen Kriminalisierung, sondern die Sanktionen können vor allem im Konkurs der Gesellschaft oder bei einem Streit unter Aktionären oder zwischen Minderheitsaktionären und der Gesellschaft instrumentalisiert werden. Zudem gehen die gesellschaftsrechtlichen Sanktionen bei der Verletzung der vorgesehenen Meldepflichten bei priva-

¹⁹⁴ Vgl. IV.5.2.

¹⁹⁵ Vgl. IV.4.4.

²⁰² Dieser Ansicht ist jedoch offenbar der Bundesrat; vgl. Botschaft 2013 (FN 3), 640 f. Siehe diesbezüglich auch Ziff. 18 der Interpretationsnote zur GAFI Empfehlung 24, die verlangt, dass eine klare Verpflichtung zur Erfüllung der in der Interpretationsnote enthaltenen Anforderungen besteht und zur Absicherung der Pflichten für die verantwortliche juristische oder natürliche Person sowohl eine Haftbarkeit als auch effektive, angemessene und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden müssen; vgl. The FATF Recommendations (FN 6), 87 (No 18 Interpretative Note to Recommendation 24).

²⁰³ Von den 50'000 Gesellschaften mit Inhaberaktien kann (hoffentlich) nur eine kleine Minderheit mit Geldwäscherei in Verbindung gebracht werden. Mehrheitlich wird es sich um gewöhnliche KMU handeln.

²⁰⁴ Per Ende Juni 2013 hatten rund die Hälfte (47 Prozent) aller im Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften und fast alle (92 Prozent) Gesellschaften mit beschränkter Haftung keine Revisionsstelle; vgl. «Opting out» und Konkurs, Die Ursachen einer Insolvenz sind vielfältig», in: NZZ vom 13. Februar 2014 (Nr. 36) 40. Die Prüfung, ob die entsprechenden Register geführt werden, fällt allerdings nicht in den Aufgabenbereich der Revisionsstelle.

²⁰⁵ Art. 3 Abs. 2 E-UeB OR i.V.m. Art. 697m Abs. 3 E-OR; vgl. IV.7.2 oben.

¹⁹⁴ Vgl. IV.5.3.

¹⁹⁵ Beim bestehenden Gesetzeswortlaut entsteht der Eindruck, dass dies nur dann der Fall sei, wenn die Aktien der Gesellschaft an einer Börse gehandelt werden. Auch dann wäre aber nicht klar, ob die Ausnahme auch dann gelten würde, wenn eine Gesellschaft z.B. nur ihre Inhaber-, nicht aber ihre Namenaktien an der Börse kotiert hat; vgl. IV.2.4a.

¹⁹⁶ Vgl. IV.2.4a.

¹⁹⁷ Vgl. IV.3.3c.

¹⁹⁸ Vgl. IV.3.4.

¹⁹⁹ Vgl. IV.4.2.

ten Gesellschaften wesentlich weiter als bei der Nichtbeachtung der börsenrechtlichen Meldepflicht. Dafür gibt es keinen Grund.²⁰⁶

Wegen der Tragweite der Sanktionen ist auch eine präzisere Formulierung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen angezeigt. In Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen ist zu präzisieren, woran diese angeknüpft werden.²⁰⁷ Zudem ist der Begriff der «Mitgliedschaftsrechte», die bei einer Verletzung der Meldepflichten sistiert werden, nicht nur unnötig weit, sondern auch nicht eindeutig.²⁰⁸ Hier wäre eine Einengung auf die «Stimmrechte» angezeigt.

Abschliessend ist zu konstatieren, dass die vorgeschlagenen Änderungen die Inhaberaktie ihres Kerngehalts berauben werden: Diese wird in Zukunft nicht mehr ein typisches Inhaberpapier sein können, weil die Übertragung der Urkunde für die Übertragung der Rechte an der Aktie nicht mehr hinreichend sein wird. Die vorgesehenen Meldepflichten führen dazu, dass bei der Übertragung einer Inhaberaktie immer eine zusätzliche Meldung erstattet werden muss, wenn der Erwerber seine Rechte geltend machen und eine Verwirkung seiner Vermögensrechte verhindern will. Weiter wird über den Inhaberaktionär neu ein mit dem Aktienbuch vergleichbares Verzeichnis geführt, womit ihn die Gesellschaft, zumindest wenn keine Delegation an einen Finanzintermediär erfolgt, kennt.²⁰⁹ All dies führt zur Frage, welche Vorteile die «neue» Inhaberaktie im Vergleich zur Namenaktie noch haben wird. Weil der Namenaktionär sich im Zusammenhang mit seiner Aktie zudem mit weniger Pflichten und milderer Sanktionen konfrontiert sieht als der Inhaberaktionär, ist davon auszugehen, dass es in Zukunft weniger Inhaberaktien geben wird. Die Inhaberaktie wird zwar nicht abgeschafft – ob sie überlebt, ist aber eine andere Frage.

²⁰⁶ Vgl. IV.6.3.

²⁰⁷ Vgl. IV.6.1a und IV.6.1b.

²⁰⁸ Vgl. IV.6.1a.

²⁰⁹ Vgl. II.2.1.