

Tschüss and farewell Inhaberaktie – hello neue Pflichten rund um die Namenaktie



Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., geboren 1976, ist Rechtsanwalt und Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Nicolas Facincani verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Banken-, Gesellschafts- und Handelsrechts. Weiter berät er Klienten bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen und vertritt diese regelmässig in entsprechenden gerichtlichen Verfahren. Er ist zudem als Dozent an Weiterbildungsinstituten tätig. Er publiziert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten, insbesondere dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht.



Reto Sutter, Dr. iur., LL.M., geboren 1974, ist Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte. Er ist Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Reto Sutter verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Steuerrechts und im Handelsrecht. Er berät seine Klienten umfassend in steuer-, vertrags- und strafrechtlichen Belangen, sowohl national als auch grenzüberschreitend. Zudem vertritt er seine Klienten beharrlich vor Gerichten, Schiedsgerichten sowie Verwaltungs- und Strafbehörden. Er unterrichtet an verschiedenen Universitäten, Hochschulen sowie am Unternehmer Forum Schweiz. Er publiziert und referiert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Einleitung und bisherige Regelung | 239 |
| 2. | Neue Regelung: Abschaffung der Inhaberaktie | 240 |
| 2.1 | Übersicht | 240 |
| 2.2 | Einzelheiten der Regelung | 241 |
| 2.2.1 | Verbot der Inhaberaktien und Ausnahmen | 241 |
| 2.2.2 | Keine unmittelbare Umwandlungspflicht | 242 |
| 2.2.3 | Zwangsweise Umwandlung von Inhaberaktien | 243 |
| 2.2.4 | Anpassung Statuten und Handelsregistereintrag | 244 |
| 2.2.5 | Eintragung in das Aktienbuch | 245 |
| 2.2.6 | Nicht gemeldete Inhaberaktien | 246 |
| 2.3 | Ende der Meldepflicht der Inhaberaktie | 247 |
| 3. | Pflicht zur Führung von Verzeichnissen | 247 |
| 4. | Meldepflicht | 248 |
| 4.1 | Regelung zur Meldepflicht | 248 |
| 4.2 | Entstehung der Meldepflicht | 250 |
| 4.3 | Wie melden? | 252 |
| 4.4 | Gemeinsamer Erwerb | 253 |
| 4.5 | Wen melden? | 253 |
| 4.6 | Ausnahmen von der Meldepflicht | 256 |
| 5. | Sanktionen | 256 |
| 5.1 | Organisationsmangel | 256 |
| 5.2 | Strafrechtliche Konsequenzen bei der meldepflichtigen Person | 258 |
| 5.3 | Strafrechtliche Konsequenzen beim Meldungsadressaten | 259 |
| | Literatur | 260 |

1. Einleitung und bisherige Regelung

Per 1. Juli 2015 wurden neue, dem schweizerischen Recht bislang unbekannte Pflichten im Gesellschaftsrecht betreffend die Offenlegung von Beteiligungsrechten eingeführt. Bis zu diesem Zeitpunkt mussten nur Aktionäre, welche Namenaktien erworben hatten und ins Aktienbuch eingetragen werden wollten, ihre Identität offenlegen.

Es wurde in der Schweiz die Pflicht eingeführt, den Erwerb von Inhaberaktien der Gesellschaft zu melden. Jede natürliche oder juristische Person, welche Inhaberaktien an einer privat gehaltenen Aktiengesellschaft erwirbt, musste nun seit dem Inkrafttreten der gesellschaftsrechtlichen Pflichten des GAFI-Gesetzes den Erwerb der Gesellschaft melden. Diese Pflicht wurde in Art. 697i Abs. 1 OR eingeführt und lautete wie folgt:

«Wer Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, muss den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen oder seine Firma sowie seine Adresse innert Monatsfrist der Gesellschaft melden.»

Adressat der Meldung ist die entsprechende Gesellschaft, welche die Inhaberaktien ausgegeben hat.

Seit dem 1. Juli 2015 musste sodann eine Meldung an die Gesellschaft erfolgen, sofern bei einem Erwerb von Aktien der Schwellenwert von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen einer Aktiengesellschaft erreicht oder überschritten werden. Die Pflicht gilt in Bezug auf Inhaber- und Namenaktien, Partizipationsscheine sowie für GmbH-Anteile. Diese Pflicht wurde in Art. 697j Abs. 1 OR eingeführt und lautete wie folgt:

«Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, und dadurch den Grenzwert von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen überschreitet, muss der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechnete Person).»

Sofern die Aktien an einer Börse kotiert sind, so war eine Meldung an die Gesellschaft nicht erforderlich. Eine weitere Ausnahme sah das Gesetz

vor, wenn die Inhaberaktien in der Form von Bucheffekten ausgegeben sind.¹

Nun wurden Inhaberaktien fast ausnahmslos abgeschafft.

2. Neue Regelung: Abschaffung der Inhaberaktie

2.1 Übersicht

Inhaberaktien werden nach dem geänderten Obligationenrecht fast ausnahmslos abgeschafft werden. Entsprechende Ankündigungen haben sich bewahrheitet.²

Das Parlament verabschiedete am 21. Juni 2019 das neue Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke. Die Gesetzesänderung wurde per 1. November 2019 in Kraft gesetzt.³

Inhaberaktien sind neu nur noch zulässig, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.

Findet auf eine Gesellschaft keine der beiden Ausnahmen Anwendung (d. h. weder Kotierung noch die Ausgestaltung der Inhaberaktien als Buch-

1 Für die bisherigen Regelungen sind etwa Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.), Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, S. 179 ff.; Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär, S. 217.

2 Am 26. Juli 2016 hat das Global Forum (zum Global Forum siehe etwa Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, S. 180) den Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz veröffentlicht. Der Bericht enthält verschiedene Empfehlungen. Sie betreffen die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch.

3 Diese Änderungen tangieren die geplante Revision des Aktienrechts nicht. Zur Aktienrechtsrevision siehe etwa Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Revision des Aktienrechts: Schwerpunkte der geplanten Aktienrechtsrevision, in: TREX – Der Treuhandexperte 1/2018, S. 40 ff., und Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Die Revision des Aktienrechts – ein Überblick, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2018, Zürich, S. 173 ff.

effekten), muss sie ihre Inhaberaktien innerhalb von 18 Monaten nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes in Namenaktien umwandeln.

Bis zu diesem Zeitpunkt gelten die Meldepflichten für die Inhaberaktien weiterhin. Art. 697i OR wird erst zu diesem Zeitpunkt aufgehoben werden.

2.2 Einzelheiten der Regelung

2.2.1 Verbot der Inhaberaktien und Ausnahmen

Inhaberaktien werden im Wesentlichen abgeschafft werden und sind nur noch zulässig, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere⁴ an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.⁵ Grund für die Ausnahmen ist, dass die Transparenz anderweitig garantiert ist.⁶ Als Börsenkotierung gilt, wenn irgendwelche Beteiligungspapiere im In- oder Ausland an einer Börse gemäss Art. 26 lit. b FinfraG kotiert sind.⁷

Eine Gesellschaft mit Inhaberaktien muss zudem im Handelsregister eintragen lassen – sofern sie sich auf eine Ausnahmeregelung stützen will –, ob sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder ihre Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind. Diese Eintragung muss innert 18 Monaten nach dem 1. November 2019 geschehen. Andernfalls geht das Handelsregister nicht von einem Ausnahmetatbestand aus.⁸

4 Es genügt, wenn irgendeine Art von Beteiligungspapieren kotiert ist. Siehe hierzu Glanzmann, Lukas/Spoerlé, Philip: Das neue Global Forum-Gesetz, in: GesKR 2018, S. 92.

5 Zu den Bucheffekten siehe Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 341 f.

6 Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 612.

7 Ausländische Börsen müssen aber ein dem schweizerischen Recht vergleichbares Transparenzniveau aufweisen. Zum bisherigen Recht: Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, S. 186; Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär, S. 217. Verlangt werden gleichartige Meldepflichten und Schwellenwerte.

8 Börsenkotierte Gesellschaften mit Inhaberaktien sind also zu einer Handlung gezwungen, sofern sie weiterhin auf die Inhaberaktien setzen wollen.

Werden sämtliche Beteiligungspapiere dekotiert, so muss die Gesellschaft die bestehenden Inhaberaktien innerhalb einer Frist von sechs Monaten entweder in Namenaktien umwandeln oder als Bucheffekten ausgestalten, ansonsten ein Organisationsmangel vorliegt.

2.2.2 Keine unmittelbare Umwandlungspflicht

Hat eine Gesellschaft per 1. November 2019 weiterhin Inhaberaktien ausstehend, und greift keine Ausnahmeregelung, ist diese nicht verpflichtet, diese sofort in Namenaktien umzuwandeln, sondern dies geschieht nach 18 Monaten automatisch.⁹ Bis zu diesem Datum bestehen die Inhaberaktien weiter, und es sind weiterhin die bisherigen Meldepflichten zu erfüllen.¹⁰ Nach 18 Monaten gibt es aber keinen Bestandsschutz mehr.¹¹

Wandelt die Gesellschaft freiwillig durch Statutenänderung die Inhaberaktien in Namenaktien um, sind die bisherigen Inhaberaktionäre berechtigt, die Eintragung in das Aktienbuch zu beantragen – verpflichtet sind sie hierzu nicht.

Seit dem 1. November 2019 ist es aber nicht mehr möglich, Gesellschaften mit Inhaberaktien zu gründen oder auf statutarische Weise neu Inhaberaktien zu schaffen.

Die neuen Regelungen gelten auch für Inhaberpartizipationsscheine. Sodann sind die Regeln auch für die Kommandit-AG und die SICAF sowie auch die SICAV anwendbar.¹² Nicht betroffen sind Genussscheine und Inhaberobligationen.¹³

9 Gemäss Botschaft sollen von der Regelung etwa 57 000 Gesellschaften betroffen sein, Botschaft zur Umsetzung der Empfehlung des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018, BBl 2019, S. 279 ff.

10 Art. 697i, 697k, 697l und 697m OR des bisherigen Rechts sind bis zu diesem Datum weiterhin anwendbar.

11 Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1273.

12 Glanzmann, Lukas/Spoerlé, Philip: Das neue Global Forum-Gesetz, in: GesKR 2018, S. 91.

13 Zum Ganzen: Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 340. Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019, S. 1292.

2.2.3 Zwangsweise Umwandlung von Inhaberaktien

Wie soeben erwähnt, können Inhaberaktien bis 18 Monate nach dem 1. November 2019 weiterhin bestehen bleiben. Bis zu diesem gelten die bisherigen Meldepflichten bei einem Erwerb von Inhaberaktien uneingeschränkt weiter, und die Gesellschaften sind verpflichtet, entsprechende Register zu führen.¹⁴

Haben aber Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften 18 Monate nach dem 1. November 2019 noch Inhaberaktien, die nicht Gegenstand einer Ausnahme sind, so werden diese von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt. Umgewandelt wird auch genehmigtes und bedingtes Kapital.¹⁵ Von der Umwandlung sind alle Gesellschaften betroffen, welche gegenüber dem Handelsregisteramt nicht mitgeteilt haben, dass sie Beteiligungspapiere an der Börse kotiert oder ihre Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet haben.

Diese Umwandlung wirkt gegenüber jeder Person, unabhängig von allfälligen anderslautenden Statutenbestimmungen oder Handelsregistereinträgen und unabhängig davon, ob Aktientitel ausgegeben worden sind oder nicht.¹⁶ Ausgegebene Titel sind also nicht vorher durch die Gesellschaft einzuziehen, müssen aber nachher umgetauscht werden. Aufgrund der ausgegebenen Titel (welche auf Inhaberaktien lauten), können die (neuen) Namenaktien weiterhin übertragen werden.¹⁷ Obwohl die Papiere Namenaktien verkörpern, handelt es sich aber weiterhin um Inhaberpapiere, und die entsprechenden Übertragungsregeln sind anwendbar.¹⁸

Die umgewandelten Aktien behalten ihren Nennwert, ihre Liberierungsquote und ihre Eigenschaften in Bezug auf das Stimmrecht und die ver-

14 Für die bisherigen Regelungen sind etwa Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, S. 181 ff. und S. 195 f.; Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär, in: TREX – Der Treuhandexperte 4/2015, S. 217.

15 Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 612.

16 Siehe etwa Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 612.

17 Für eine Kraftloserklärung durch die Gesellschaft bzw. die Einleitung eines entsprechenden gerichtlichen Verfahrens besteht unseres Erachtens keine Grundlage.

18 Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019, S. 1296.

mögensrechtlichen Ansprüche. Teilliberierte Inhaberaktien werden etwa zu teilliberierten Namenaktien.¹⁹

Ihre Übertragbarkeit ist nicht beschränkt. Allfällige statutarische Vinkulierungen, welche für andere Aktienkategorien der betreffenden Gesellschaft gelten, sollen für die umgewandelten Aktien nicht gelten. Eine Ausnahme gilt unseres Erachtens aber für die gesetzlichen Vinkulierungen, mit Ausnahme der Übertragbarkeitsbeschränkung bei teilliberierten Aktien.²⁰ Es ist also möglich, dass nach der Umwandlung verschiedene Kategorien von Namenaktien ausstehend sind.²¹

2.2.4 Anpassung Statuten und Handelsregistereintrag

Das Handelsregisteramt nimmt die sich aus der zwangsweisen Umwandlung ergebenden Änderungen der Einträge von Amts wegen vor. Es trägt auch eine Bemerkung ein, dass die Belege vom Eintrag abweichende Angaben enthalten.²² Es ist daher in einem ersten Schritt also möglich, dass die Statuten zwar vorsehen, dass die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, diese aber zwangsweise in Namenaktien umgewandelt wurden und der Handelsregistereintrag angepasst wird.

Die Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, deren Aktien umgewandelt worden sind, müssen zudem bei der nächsten Statutenänderung die Statuten an die Umwandlung anpassen. Das Handelsregisteramt weist jede Anmeldung zur Eintragung einer anderen Statutenänderung in das Handelsregister zurück, solange diese Anpassung nicht vorgenommen worden ist. Der Gesetzgeber hat aber explizit auf eine Frist verzichtet, innert welcher die Statuten nach der zwangsweisen Umwandlung der Inhaberaktien anzupassen sind. Andere Einträge im Handelsregister, etwa einfache Änderungen des Domizils oder Personalmutationen, welche keine Statutenänderung mit sich bringen, sind aber möglich.

19 Glanzmann, Lukas/Spoerlé, Philip: Das neue Global Forum-Gesetz, in: GesKR 2018, S. 94.

20 Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1276.

21 Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 346.

22 Die Bemerkung wird gelöscht, wenn die Statuten etc. angepasst sind.

Keine Statutenänderung ist aber notwendig, sofern die Inhaberaktien zunächst von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt wurden, die Generalversammlung aber die Rückumwandlung beschliesst.²³

2.2.5 Eintragung in das Aktienbuch

Nach der Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien muss die Gesellschaft²⁴ die Aktionäre, die ihre in Art. 697i des bis zum 31. Oktober 2019 geltenden Rechts (siehe oben) vorgesehene Meldepflicht erfüllt haben, in das Aktienbuch eintragen. Um zu prüfen, ob die Meldepflicht erfüllt wurde, ist auf den Zeitpunkt der Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien abzustellen. Es werden die Einträge des Verzeichnisses über die Inhaberaktionäre in das Aktienbuch übernommen. Unerheblich ist, ob diese Aktionäre den jeweiligen wirtschaftlich Berechtigten gemeldet haben oder nicht.²⁵

In das Aktienbuch ist sodann einzutragen, für welche Aktien keine Meldepflicht erfolgte. In das Aktienbuch wird eingetragen, dass die Aktionäre dieser Aktien der Meldepflicht nicht nachgekommen sind und die mit den Aktien verbundenen Rechte nicht ausgeübt werden können. Die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre, die der Meldepflicht nicht nachgekommen sind, ruhen, und die Vermögensrechte verwirken. Der Verwaltungsrat hat sicherzustellen, dass keine Aktionäre unter Verletzung dieser Bestimmung ihre Rechte ausüben, tut er dies nicht, kann er hierfür verantwortlich gemacht werden.²⁶

Die Nichtanpassung des Aktienbuchs kann einen Organisationsmangel darstellen.

23 Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1277. Hier dürfte keine öffentliche Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses notwendig sein.

24 Die Führung des Aktienbuchs ist eine Pflicht des Verwaltungsrats.

25 Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019 S. 1297.

26 Zu den Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats siehe insbesondere Plüss, Adrian/Facincani-Kunz, Dominique, in: Vito, Roberto/Trüeb, Hans Rudolf (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 550–771, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 717 OR N 1 ff. Zur möglichen Haftung des Verwaltungsrats siehe insbesondere Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Business Judgment Rule, in: Trex – Der Treuhanderxperte 6/2019, S. 346 ff.

2.2.6 Nicht gemeldete Inhaberaktien

Aktionäre, die ihrer Meldepflicht nach Art. 697i des heute geltenden Rechts (siehe oben) nicht nachgekommen sind und deren Inhaberaktien in Namenaktien umgewandelt worden sind, können innert fünf Jahren nach Inkrafttreten des geplanten Gesetzes mit vorgängiger Zustimmung der Gesellschaft²⁷ beim Gericht ihre Eintragung in das Aktienbuch der Gesellschaft beantragen.²⁸ Die Frist von fünf Jahren begann am 1. November 2019 zu laufen.²⁹ Das Gericht muss den Antrag gutheissen, wenn der Aktionär seine Aktionärserschaft nachweist.³⁰ Die Aktionäre können die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Vermögensrechte geltend machen. Für die Zwischenzeit sind die Vermögensrechte verwirkt.

Die Aktionäre verlieren ihre mit den Aktien verbundenen Rechte, sofern keine Eintragung innert fünf Jahren erfolgt.³¹ Es findet eine Enteignung statt. Die nichtigen Aktien werden durch eigene Aktien ersetzt, ohne dass hierfür irgendwelche Handlungen seitens der Gesellschaft notwendig wären.

Aktionäre, deren Aktien ohne eigenes Verschulden nichtig geworden sind, können unter Nachweis ihrer Aktionärserschaft zum Zeitpunkt des Nichtigwerdens der Aktien innerhalb von zehn Jahren nach diesem Zeitpunkt gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Die Entschädigung entspricht dem wirklichen Wert der Aktien³² zum Zeitpunkt ihrer Umwandlung. Ist der wirkliche Wert der Aktien zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs tiefer als zum

27 Es wird davon ausgegangen, dass die Gesellschaft ihre Zustimmung nur verweigern darf, wenn sie Zweifel an der Aktionärsstellung hat. Siehe hierzu Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 348.

28 Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren. Der Aktionär trägt die Gerichtskosten. Ein vorgängiges Schlichtungsverfahren entfällt. Da es sich um eine freiwillige Gerichtsbarkeit handelt, dürfte die Zuständigkeit des Handelsgericht entfallen (sofern der entsprechende Kanton überhaupt ein Handelsgericht vorsieht).

29 Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1277.

30 Blosser Glaubhaftmachung genügt nicht.

31 Das Gleiche gilt, wenn das Gesuch um Eintragung durch das Gericht abgelehnt wurde. Die fünfjährige Frist soll sodann während eines Anerkennungsverfahrens stillstehen. Zum Ganzen: Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 615.

32 Die Bestimmung des wirklichen Werts wird wohl zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Siehe zum Thema des Aktienwerts auch Gayler, Lukas: Bewertungsfragen bei einer Kapitalerhöhung aus rechtlicher Sicht, in: Treuhand kompakt 2/2019, S. 7 f.

Zeitpunkt ihrer Umwandlung, so schuldet die Gesellschaft diesen tieferen Wert. Eine Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft nicht über das erforderliche frei verwendbare Eigenkapital verfügt.³³

2.3 Ende der Meldepflicht der Inhaberaktie

Bis 18 Monate nach dem 1. November 2019 wird es weiterhin Inhaberaktien geben, welche unter dem alten Recht gültig ausgegeben wurden. Erst dann werden diese zwangsweise umgewandelt. Werden bis zu diesem Zeitpunkt Inhaberaktien übertragen, müssen diese weiterhin der Gesellschaft gemeldet werden. Bei unterlassener Meldung treten die gleichen Rechtsfolgen wie bisher ein.³⁴ Die Stimmrechte werden bis zur Meldung suspendiert, und die Vermögensrechte verirken bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem die Meldung nachgeholt wird.³⁵

3. Pflicht zur Führung von Verzeichnissen

Jede Gesellschaft hat ein Verzeichnis zu führen, in welchem alle gemeldeten Inhaberaktionäre (sofern sie weiterhin Inhaberaktien ausgegeben hat³⁶) und alle nach Art. 697j Abs. 1 OR gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (unabhängig davon, ob sie Namen- oder Inhaberaktien ausgegeben hat) aufgeführt sind. Ausnahmen von der Pflicht zur Führung von Verzeichnissen bestehen nur, wo keine Meldepflicht besteht.

Im Verzeichnis sind die Vor- und Nachnamen (oder bei juristischen Personen die Firma) sowie die Adresse der Inhaberaktionäre und der wirtschaftlich berechtigten Personen aufzuführen und es enthält die Staatsangehörigkeit und das Geburtsdatum der Inhaberaktionäre (Art. 697l Abs. 2 OR). Ausserdem ist unseres Erachtens auch die Anzahl der Titel (Aktien) in das Verzeichnis aufzunehmen, obgleich dies bei den Inhaberaktien vom

33 Richtigerweise weisen Gericke/Kuhn auf die Schwachstelle dieser Regelung hin. Es wird nur auf das Eigenkapital, nicht aber auf die flüssigen Mittel abgestellt. Vgl. Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1279.

34 Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019, S. 1291.

35 Siehe hierzu Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, S. 199 ff.

36 Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019, S. 1291.

Gesetz nicht vorgesehen ist. Empfehlenswert ist zudem, die Einträge mit einem Datum zu versehen. Ungeachtet der Mitteilung der Adresse sind Mitteilungen an die Aktionäre aber weiterhin in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu machen, d. h., die Mitteilung auf dem Wege der Bekanntgabe im SHAB für Inhaberaktionäre bleibt weiterhin zwingend (Art. 696 Abs. 2 OR). Einträge dürfen nur vorgenommen werden, sofern vorgängig auch eine korrekte Meldung der Aktionäre erfolgt ist.

Die Verzeichnissührungspflicht betreffend die Inhaberaktien fällt erst 18 Monate nach Inkrafttreten des bisherigen Rechts weg.³⁷ Betreffend die wirtschaftlich berechtigten Personen gilt sie weiter.

4. Meldepflicht

Lässt sich ein Namenaktionär bei Aktiengesellschaft in das Aktienbuch eintragen, ist zwar der formelle Eigentümer der Gesellschaft bekannt; nicht bekannt ist in einem solchen Fall aber, für wen überhaupt gehandelt wird bzw. wer hinter der in das Aktienbuch einzutragenden Person steht, ob diese alleine, zusammen mit anderen oder für Dritte handelt. Besonders augenfällig ist das natürlich in denjenigen Fällen, in welchen es sich bei der meldenden Person um eine Personengemeinschaft/-gesellschaft oder um eine juristische Person handelt. Über deren Beteiligte und wirtschaftlich berechnigte Personen selbst ist bei einer Meldung des formellen Inhabers von Aktien nichts bekannt. Aus diesen Gründen besteht regelmässig die Pflicht, die wirtschaftlich berechnigte Person zu melden. Dabei muss es sich um eine natürliche Person handeln. Der Gleichschritt zu den Geldwäschereivorgaben ist augenscheinlich.

4.1 Regelung zur Meldepflicht

Eine Meldung über und für die wirtschaftliche Person musste bereits bisher an die Gesellschaft erfolgen, sofern bei einem Erwerb von Aktien der Schwellenwert von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen einer Aktiengesellschaft erreicht oder überschritten wird. Die Pflicht galt in Bezug auf Inhaber- und Namenaktien, Partizipationsscheine³⁸ sowie für

37 Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019, S. 1291.

38 Kritisch Gericke, Dieter/Daniel Kuhn: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, Fn. 64.

GmbH-Anteile. Diese Pflicht wurde in Art. 697j Abs. 1 OR eingeführt und lautete bis 2019 wie folgt:

«Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, und dadurch den Grenzwert von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen überschreitet, muss der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person).»

Seit dem 1. November 2019 ergeben sich einige Präzisierungen in der Sprache von Art. 697j OR, ohne dessen Inhalt wirklich zu verändern. Die sprachlichen Anpassungen waren einigen Diskussionen in der Praxis und Rechtslehre geschuldet.

Der aktuelle Art. 697j OR lautet:

Abs. 1: Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet, muss der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und den Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person).

Abs. 2: Ist der Aktionär eine juristische Person oder Personengesellschaft, so muss als wirtschaftlich berechtigte Person jede natürliche Person gemeldet werden, die den Aktionär in sinngemässer Anwendung von Art. 963 Abs. 2 kontrolliert. Gibt es keine solche Person, so muss der Aktionär dies der Gesellschaft melden.

Abs. 3: Ist der Aktionär eine Kapitalgesellschaft, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind, wird er von einer solchen Gesellschaft im Sinne von Art. 963 Abs. 2 kontrolliert oder kontrolliert er in diesem Sinne eine solche Gesellschaft, so muss er nur diese Tatsache sowie die Firma und den Sitz der Kapitalgesellschaft melden.

Abs. 4: Der Aktionär muss der Gesellschaft innert drei Monaten jede Änderung des Vor- oder des Nachnamens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person melden.

Abs. 5: Die Meldepflicht besteht nicht, wenn die Aktien als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder

im Hauptregister eingetragen sind. Die Gesellschaft bezeichnet die Verwahrungsstelle.

In Abs. 1 des Art. 697j OR wurde damit mit der Revision der Begriff «Aktien» durch «Beteiligungsrechte» ersetzt, was dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 FinfraG³⁹ entspricht. Bereits die Kotierung einer Art von Beteiligungspapieren führt zur Anwendbarkeit der Offenlegungspflicht nach Art. 120 FinfraG auf sämtliche Beteiligungspapiere der Gesellschaft, weshalb Art. 697j OR im Gegenzug nur Anwendung finden muss auf Gesellschaften, die keine Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert haben.⁴⁰

Weiter wurde der Begriff «Stimmen» durch «Stimmrechte» ersetzt. Dies, um klarzustellen, dass nicht die Stimmen ausschlaggebend sind, die tatsächlich an einer Generalversammlung abgegeben werden, sondern die Stimmmöglichkeit. Mit dieser Formulierung wird ebenfalls Art. 120 Abs. 1 FinfraG entsprochen, der bezüglich der Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen auch an den Begriff der Stimmrechte anknüpft.

4.2 Entstehung der Meldepflicht

Die Meldepflicht entsteht mit dem Erwerb der entsprechenden Aktien. Dabei ist das sog. Verfügungsgeschäft, d.h. der eigentliche Eigentumsübergang bzw. Eigentumserwerb relevant. Dabei ist unwichtig, wie die Aktien erworben werden. Beachtlich ist, dass für den Schwellenwert sowohl die Stimmrechte als auch die Kapitalbeteiligung massgebend sind. Die Grenze von 25% kann also entweder in Bezug auf das Kapital oder mit Blick auf die Stimmen einer Gesellschaft erreicht und überschritten werden. Es besteht zwar keine Meldepflicht bei der Einräumung von Pfandrechten, jedoch vermutlich im Fall der Einräumung einer Nutzniesung.⁴¹

39 Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Januar 2015; FinfraG (SR 958.1).

40 Siehe hierzu auch oben, Ziff. 2.2.1.

41 Die Nutzniesung muss ohnehin ins Aktienbuch eingetragen werden (vgl. Art. 686 Abs. OR). Spoerlé, Philip: Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, in: Expert Focus 9/15, S. 738; Frey, Martin/Leis, Timo: Offenlegungspflichten nach GAFI und Private Equity – wie, wer, was oder die Quadratur des Kreises, in: Gericke, Dieter (Hrsg.): Private Equity V, Zürich 2016, S. 187; anders noch in Bezug auf die Nutzniesung: Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär, in: TREX – Der Treuhandexperte 4/2015, S. 216 ff. (zit. Facincani/Sutter: Meldepflichten), S. 217, und Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, S. 183.

Die Schwelle von 25% wurden gewählt, weil davon ausgegangen wird, dass bei dieser Beteiligung an Kapital oder Stimmrecht die Kontrolle über eine Gesellschaft erlangt werden kann.⁴² Hat eine Gesellschaft unterschiedliche Aktienkategorien ausstehend, so sind für die Berechnung des Kapitals von 25% alle Aktienkategorien und auch das Partizipationskapital zusammenzuzählen. Berechnungsgrundlage bildet alleine das im Handelsregister eingetragene Kapital bzw. Stimmrechte. Das bedeutet, dass eine Meldung auch dann zu erstatten ist, wenn der Schwellenwert von 25% nur mit Partizipationskapital erreicht wird. Wird die Schwelle wieder unterschritten, ist keine Meldung vorgeschrieben.

Die Meldepflicht entsteht unabhängig davon, wie die Aktien erworben werden.⁴³ Die Meldepflicht kann daher namentlich bei treuhänderischem Erwerb, beim Erwerb aufgrund einer Kapitalerhöhung, einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung, aber auch im Fall des Erwerbs aufgrund ehelichen Güterrechts oder in der Folge einer Erbschaft entstehen. Umstritten ist hingegen, ob auch eine Meldepflicht ausgelöst wird, wenn die Schwelle aufgrund einer Kapitalherabsetzung erreicht wird. Bei formeller Auslegung der Regelung ist davon auszugehen, dass hierbei keine Meldepflicht entsteht, da bei der Kapitalherabsetzung kein Erwerb stattfindet.⁴⁴ Strittig ist zudem, ob bei einer Gründung ebenfalls eine Meldung erforderlich ist. Was die Transparenz betrifft, so würde diese bei einer Meldung im Rahmen der Gründung sichergestellt. Die Autoren sind sich uneinig, ob eine solche Pflicht zur Meldung bei Gründung besteht.⁴⁵

Gemäss ausdrücklicher Regelung besteht zwar die Meldepflicht nur bei Überschreitung bzw. bei Erreichen der Schwelle von 25%. Keine Meldung ist demnach nötig, wenn ein Aktionär bereits mindestens 25% der Aktien oder Stimmrechte einer Gesellschaft hält und zusätzliche Aktien

42 Dies im Gegensatz zum FinfraG, wo der Beteiligungserwerb von 25% zwar ebenfalls eine Meldepflicht auslöst, jedoch von einer Kontrollmehrheit erst bei 33 1/3% ausgegangen wird (vgl. Art. 135 Abs. 1 FinfraG).

43 Kauf, Schenkung, Tausch; Singular- oder Universalsukzession; originär oder derivativ.

44 Glanzmann, Lukas: Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, 2016, S. 8; a.M. Spoerlé, Philip: Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, in: Expert Focus 9/15, S. 733 ff.

45 Vgl. zur verneinenden Ansicht: Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, Kap. 4.2.2.

oder Stimmen erwirbt. Ist das auch wahr für wirtschaftliche Berechtigte, die noch nie gemeldet haben bzw. noch nie melden mussten, weil sie diese Schwelle vor Einführung der Meldepflichten bereits überschritten hatten? Ginge man nur vom Gesetzeswortlaut aus, könnte man eine Meldepflicht verneinen. Allerdings scheint sich die erste Meldung auch bei Erhöhung der Beteiligung oder Stimmrechte oberhalb der 25-Prozent-Schwelle aufzudrängen.

Eine Meldung ist auch dann zu erstatten, wenn – nach einer Meldung – der Schwellenwert von 25% unterschritten und danach wieder überschritten wird.

4.3 Wie melden?

Im Rahmen der Meldung sind der Vor- und Nachname sowie die Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person zu melden.

Auch die Änderung dieser Angaben muss – innerhalb von drei Monaten – gemeldet werden.⁴⁶

Meldepflicht ist der formelle Eigentümer, also der Erwerber der Aktien, welcher im Aktienbuch einzutragen ist. Meldungen gemäss FinfraG sind hingegen von der wirtschaftlich berechtigten Person selbst vorzunehmen. Der Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person kann sich der Erwerber nicht etwa dadurch entziehen, dass er die Person nicht eruieren kann. Er ist gehalten, die entsprechenden Nachforschungen anzustellen und nach bestem Wissen zu melden, wer die Person am Ende der Kontrollkette ist.⁴⁷

Die wirtschaftlich berechtigte Person ist in jedem Fall zu melden, selbst dann, wenn der Inhaber gemäss Aktienbuch als formeller Erwerber und Eigentümer mit der wirtschaftlichen Person identisch ist,⁴⁸ was die Mehrheit der Fälle sein dürfte.

46 Die Frist von drei Monaten wurde neu in das Gesetz eingefügt.

47 Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Neue Meldepflicht bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: AJP 6/2015, S. 856.

48 Dabei sollte der Formalität Genüge getan sein, wenn die Meldung zusammen mit der Anmeldung für den Eintrag ins Aktienbuch geschieht, mithin dürfte also der Vermerk «auch wirtschaftlich berechtigte Person» genügen.

Die Meldung muss innert Monatsfrist seit Überschreiten des Schwellenwerts vorgenommen werden. Eine Anwendung der Monatsfrist für die Meldung von Änderungen wird teilweise abgelehnt.⁴⁹

4.4 Gemeinsamer Erwerb

Die Meldepflicht in Bezug auf die wirtschaftlich berechtigte Person entsteht auch, wenn mehrere Personen zusammen Aktien erwerben und gemeinsam den Grenzwert von 25% erreichen oder überschreiten.

In der Praxis stellt sich in diesem Zusammenhang oft die Frage, ob es daher eine Meldung braucht, wenn die erwerbenden Personen für die Zeitdauer nach dem Erwerb einen gemeinsamen Aktionärbindungsvertrag abschliessen.

Werden die Aktien gezielt zusammen erworben, d. h., besteht eine bewusste Verhaltensabstimmung zwischen mehreren erwerbenden Personen, entsteht wohl eine Meldepflicht, sofern zusammen mehr als 25% der Aktien erworben werden. Massgebend dürfte also das subjektive Element vor bzw. beim Erwerb der Aktien bzw. Stimmrechte sein. Keine Meldepflicht entsteht damit wohl, wenn sich ein Erwerber erst nach dem Erwerb entschliesst, sich einem kritischen Aktionärbindungsvertrag anzuschliessen.⁵⁰

4.5 Wen melden?

In der Praxis kann der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Obligationenrecht zu Unklarheiten führen.⁵¹

Bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen, also immer dann, wenn der erwerbende Aktionär eine juristische Person oder Personengesellschaft ist, und insbesondere bei Konzernsachverhalten, führte die Meldepflicht nach dem bisherigen Art. 697j OR in der Praxis zu Unklarheiten.

49 Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich, Kap. 4.2.2. Für die Meldung bei der Änderung von Vor-, Nachnamen oder Adressen sieht das Gesetz ohnehin ausdrücklich eine Frist von drei Monaten vor.

50 Sofern er alleine die Schwelle von 25% nicht erreicht. Vgl. auch Glanzmann, Lukas: Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, 2016, S. 9.

51 Vgl. zur Diskussion: Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1279.

Für solche Fälle sieht Abs. 2 vor, dass jede natürliche Person gemeldet werden muss, die den meldepflichtigen Aktionär in sinngemässer Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR⁵² kontrolliert.⁵³ Nach der Definition dieser Bestimmung kontrolliert⁵⁴ eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie

- a) direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt,
- b) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuwählen, oder
- c) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

In sinngemässer Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR ist also vorgesehen, dass als wirtschaftlich berechtigte Person im Sinne von Art. 697j Abs. 1 OR die natürliche Person gilt, die

- a) direkt oder indirekt die Mehrheit der Stimmrechte am meldepflichtigen Aktionär (i.e. dem Erwerber bzw. formellen Aktieninhaber) hält,
- b) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans des Aktionärs zu bestellen oder abzuwählen, oder
- c) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auf den Aktionär ausüben kann.⁵⁵

52 Regelung zur Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung.

53 Kontrollprinzip.

54 Die Möglichkeit zur Kontrolle genügt (vgl. Böckli, Peter: OR-Rechnungslegung, Zürich 2019, S. 271).

55 Dieser Ansatz ist auch der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2016 (VSB 16) zu entnehmen (siehe Kommentar zu Art. 20). Die Terms of Reference 2016 verweisen bezüglich der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person auf die GAFI (Fn. 8). Die FATF Recommendations (Updated February 2018) enthalten keine fixen Regeln, die umzusetzen wären, sondern Beispiele, wie wirtschaftlich berechtigte Personen festgestellt werden können (vgl. Interpretative Note to Recommendation 24, Fn. 39: «Beneficial ownership information for legal persons is the information referred to in the interpretive note to Recommendation 10, paragraph 5(b)(i). Controlling shareholders as referred to in paragraph 5(b)(i) of the interpretive note to Recommendation 10 may be based on a threshold, e.g. any persons owning more than a certain percentage of the company (e.g. 25%).» Der FATF Guidance on Transparency and Beneficial Ownership, 2014, ist zu entnehmen, dass zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person neben dem Schwellenwert von 25% (bei natürlichen Personen, die direkt oder indirekt eine Beteiligung an der Gesellschaft halten) das Kriterium der Kontrolle (bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen) als Ansatz gewählt werden kann: «The following are some examples of natural persons who could be considered as beneficial owners on the basis that they are the ultimate owners/controllers of the legal person, either through their ownership interests, through positions held within the legal person or through

Bei börsenkotierten Gesellschaften ist die Transparenz über die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person durch die börsenrechtliche Meldepflicht nach Art. 120 ff. FinfraG sichergestellt. Ist der erwerbende Aktionär eine Kapitalgesellschaft, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind, wird er von einer solchen Gesellschaft im Sinne von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert, oder kontrolliert er in diesem Sinne eine solche Gesellschaft, so muss er nur diese Tatsache sowie die Firma und den Sitz der Kapitalgesellschaft melden. Dabei kann eine Kotierung auch an einer ausländischen Börse gegeben sein, wenn diese Offenlegungsvorschriften untersteht, die den Art. 120 ff. FinfraG gleichwertig sind.⁵⁶

Bei alledem ist es denkbar, dass es aufgrund der Beteiligungsstruktur keine wirtschaftlich berechtigten Personen gibt. In diesen Fällen ist eine sog. Negativmeldung zu erstatten.⁵⁷ Dadurch kann die Gesellschaft feststellen, dass der Aktionär seine Meldepflicht erfüllt hat.

Die Meldung des Aktionärs über die wirtschaftlich berechtigte Person muss von der Gesellschaft generell – mangels gesetzlicher Bestimmung – nicht überprüft werden.⁵⁸ Auch ist die Gesellschaft im Prinzip nicht verpflichtet, eine Meldung zu verlangen, falls eine solche ausbleibt. Allerdings liegt ein Organisationsmangel vor, wenn die Gesellschaft das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich Berechtigten nicht vorschriftsgemäss führt.

other means: a) The natural person(s) who directly or indirectly holds a minimum percentage of ownership interest in the legal person (the threshold approach) [...]; b) Shareholders who exercise control alone or together with other shareholders, including through any contract, understanding, relationship, intermediary or tiered entity (a majority interest approach) [...].» Art. 3(6)(a)(i) der EU-Richtlinie 2015/849 vom 20. Mai 2015 definiert als «wirtschaftlichen Eigentümer» alle natürlichen Personen, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Kunde letztlich steht [...], wozu bei Gesellschaften «zumindest folgender Personenkreis» gehört: «Hält eine natürliche Person einen Aktienanteil von 25% zuzüglich einer Aktie oder eine Beteiligung von mehr als 25% am Kunden, so gilt dies als Hinweis auf direktes Eigentum. Hält eine Gesellschaft, die von einer oder mehreren natürlichen Personen kontrolliert wird, oder halten mehrere Gesellschaften, die von derselben natürlichen Person oder denselben natürlichen Personen kontrolliert werden, einen Aktienanteil von 25% zuzüglich einer Aktie oder eine Beteiligung von mehr als 25% am Kunden, so gilt dies als Hinweis auf indirektes Eigentum. Dies gilt unbeschadet des Rechts der Mitgliedstaaten zu beschliessen, dass ein niedrigerer Prozentsatz als Hinweis auf Eigentum oder Kontrolle gelten kann.»

56 Dieser Ansatz entspricht dem GwG, der VSB 16 und den GAFI-Empfehlungen [Art. 4 Abs. 1 GwG; Art. 63 Abs. 4 Geldwäschereiverordnung-FINMA [SR 955.033.0]; Art. 22 VSB 16; FATF Recommendations [Updated February 2018], Interpretative Note to Recommendation 10, Rz 5].

57 Art. 697j Abs. 2 OR; kritisch noch zum alten Recht: Akeret, Philipp/Bammater, Mirjam: Unternehmen aufgepasst: Sind Aktienbuch & Co. noch à jour, in: Expert Focus 10/1, S. 730 m.w.H.

58 Akeret, Philipp/Bammater, Mirjam: Unternehmen aufgepasst: Sind Aktienbuch & Co. noch à jour, in: Expert Focus 10/1, S. 730 m.w.H.

4.6 Ausnahmen von der Meldepflicht

Die einzige Ausnahme von der Meldepflicht besteht, wenn die erworbenen Aktien als Bucheffekten nach dem Bucheffektengesetz ausgestaltet und bei einer Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind. Die Gesellschaft bezeichnet in diesem Fall die Verwahrungsstelle.

5. Sanktionen

5.1 Organisationsmangel

Das Gesetz sieht neu vor, dass ein Organisationsmangel vorliegt, wenn die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt.⁵⁹

Dabei erscheint es insbesondere problematisch, bestimmen zu können, wann das Aktienbuch oder das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen nicht als «vorschriftsgemäss» geführt gelten könnte.

Das Gesetz regelt die Details zur ordnungsgemässen Führung des Aktienbuchs nicht.⁶⁰ Dadurch wird teilweise abgeleitet, dass hinsichtlich des Organisationsmangels keine allzu hohen Anforderungen an die Führung des Aktienbuchs und die Verzeichnisse gestellt werden dürfen.⁶¹ So gilt es Folgendes zu berücksichtigen:

- a) Das Aktienbuch müsse keine Informationen über ehemalige Aktionäre enthalten. Zwar sei es empfehlenswert, wenn ein Aktienbuch eine Übersicht über die sog. «chain of title» (also die Übersicht über alle früheren Aktionäre und die entsprechenden Aktienübertragungen, die von den Gründern zum aktuellen Aktionariat führen) enthalte. Jedoch enthalte das Gesetz keine Pflicht, wonach das Aktienbuch eine solche

⁵⁹ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁶⁰ Art. 686 Abs. 1 OR bestimmt, dass über die Namenaktien ein Aktienbuch zu führen ist. In diesem sind die Eigentümer und Nutzniesser mit Namen und Adresse einzutragen. Sie muss es so führen, dass in der Schweiz jederzeit darauf zugegriffen werden kann. Die Eintragung in das Aktienbuch setzt einen Ausweis über den Erwerb der Aktie zu Eigentum oder die Begründung einer Nutzniessung voraus.

⁶¹ Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1285, auch zum Folgenden.

Übersicht bieten müsste.⁶² Bei Fehlen von Informationen zu früheren Aktionären läge kein Formmangel vor. Dem ist zuzustimmen.

- b) «Vorschriftsgemäss» geführt sei das Aktienbuch dann, wenn die Gesellschaft dazu die gebotene Sorgfalt aufwende. Wird der Gesellschaft eine Übertragung von Aktien gemeldet, habe sie die Pflicht, diese sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht zu prüfen. Sie hat sich im Regelfall z. B. den mit Indossament versehenen Titel oder die schriftliche Abtretungserklärung vorlegen zu lassen.⁶³ Die Gesellschaft müsse das Aktienbuch innert nützlicher Frist aktualisieren. Allerdings sei die Gesellschaft nicht verpflichtet, sich aktiv bei ihren Aktionären nach einer möglichen Aktienübertragung oder der Einräumung einer Nutzniessung zu erkundigen. Es könne daher durchaus sein, dass ein Aktienbuch den tatsächlichen Aktionärskreis nicht spiegele, jedoch trotzdem als «vorschriftsgemäss» geführt zu gelten habe, weil die veralteten bzw. unvollständigen Informationen nicht in einem Versäumnis der Gesellschaft begründet seien.⁶⁴ Dass in solch einem Fall kein Organisationsmangel bestehe, liege auf der Hand. Auch dieser Meinung kann sich unumwunden angeschlossen werden.

Die oben zum Aktienbuch gemachten Ausführungen dürfen tel quel für das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen übernommen werden. Das Verzeichnis muss keine Übersicht über ehemals wirtschaftlich berechnigte Personen vermitteln, sondern die aktuellen Meldungen widerspiegeln.⁶⁵

Wie vorgängig ausgeführt, gehen wir davon aus, dass die Gesellschaft keine Pflicht trifft, aktiv die an ihren Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen zu ermitteln.⁶⁶ Die Gesellschaft trifft nur die Pflicht, ihr gemel-

62 Bei alledem ist allerdings zu beachten, dass die Gesellschaft ihre Unterlagen (und die Aktienbücher) während zehn Jahren aufbewahren muss.

63 Vgl. Art. 686 Abs. 2 OR.

64 Glanzmann, Lukas/Spoerlé, Philip: Das neuen Global Forum-Gesetz, in: GesKR 2018, S. 104.

65 Glanzmann, Lukas/Spoerlé, Philip: Das neuen Global Forum-Gesetz, in: GesKR 2018, S. 104. Allerdings gilt auch hier, dass die Gesellschaft die Verzeichnisse der wirtschaftlich berechtigten Personen (und die mit der Meldung zusammenhängenden Belege) während zehn Jahren (nach der Streichung der nämlichen Personen) aufzubewahren und griffbereit zu haben hat (vgl. Art. 6971 Abs. 3 OR).

66 Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019, S. 1286, tendieren dazu, dass die Gesellschaft die betreffenden, im Aktienbuch eingetragenen Aktionäre kontaktieren und um Erstattung der entsprechenden Meldung ersuchen sollte, wenn ein meldepflichtiger Aktienwerb stattgefunden hat, von dem die Gesellschaft Kenntnis erhalten hat, jedoch keine Meldung hinsichtlich der wirtschaftlich berechtigten Person erstattet worden ist. Die Autoren scheinen dabei aber weder von einer Verpflichtung noch von einem Organisationsmangel bei Unterlassung auszugehen.

dete Änderungen zeitnah in das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen zu übernehmen.

5.2 Strafrechtliche Konsequenzen bei der meldepflichtigen Person

Bis letzten November hatte die Verletzung der Meldepflicht einzig zivilrechtliche Konsequenzen. Die Stimmrechte wurden suspendiert und die Vermögensrechte verwirkt, solange der Meldepflicht nicht nachgekommen wird.⁶⁷ Sobald die Meldung nachgeholt wird, kann abgestimmt und können die nach der Meldung entstehenden Vermögensrechte wieder geltend gemacht werden.⁶⁸

Nun wird die Verletzung der Meldepflicht auch strafrechtlich sanktioniert. Nach Art. 327 StGB wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich den Pflichten nach Art. 697j Abs. 1–4 OR oder Art. 790a Abs. 1–4 OR zur Meldung der an den Aktien oder Stammanteilen wirtschaftlich berechtigten Person nicht nachkommt. Bei der Norm handelt es sich (nur) um eine Übertretung. Der Höchstbetrag der Busse beträgt CHF 10 000.–. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und beginnt wohl mit dem Datum des Eigentumserwerbs. Ein Eintrag im Strafregister ist vorgesehen, wenn eine Busse von mehr als CHF 5000.– ausgesprochen wird.⁶⁹

Zu beachten ist, dass nicht nur das Unterlassen der Meldung des meldepflichtigen Erwerbs strafbar ist, sondern auch eine fehlerhafte Meldung strafbar sein kann. Weiter wird auch die nicht fristgerechte Meldung einer Änderung des Vor- oder Nachnamens oder der Adresse einer wirtschaftlich berechtigten Person unter Strafe gestellt. Dies kann sich als problematisch erweisen, weil dem formalen Eigentümer der Aktien, welcher die Meldung zu machen hat, solcherlei Änderungen nicht ohne Weiteres zur Kenntnis kommen dürften. Eine Nachforschungspflicht des formellen Aktionärs wurde unter altem Recht verneint. Die Praxis vertritt die Meinung, dass aufgrund der neuen Strafnorm keine Nachforschungspflicht des Aktionärs hinsichtlich der Verhältnisse bei der wirtschaftlich

67 Art. 697m Abs. 1 und 3 OR.

68 Art. 697m Abs. 3 OR.

69 Art. 366 StGB i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung.

berechtigten Person abgeleitet werden dürfe.⁷⁰ Dies ist wohl richtig. Eine eigentliche Nachforschungspflicht für den formellen Aktionär dürfte hier nicht geschaffen worden sein, er muss aber die Grenze zum Eventualvorsatz im Auge behalten.⁷¹ In der Praxis dürfte es wohl eine Überlegung wert sein, die wirtschaftlich berechnete Person vertraglich zu verpflichten, der meldepflichtigen Person einschlägige Änderungen in geeigneter Form bekannt zu geben.

Nichtsdestotrotz ist die Tatsache, dass die Strafbestimmungen von Art. 327 StGB auf Art. 697j Abs. 1–4 und Art. 790a Abs. 1–4 OR verweisen und deren Inhalt teilweise ungeklärt ist, aus strafrechtlicher Sicht problematisch.⁷²

5.3 Strafrechtliche Konsequenzen beim Meldungsadressaten

Neben der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die meldepflichtige Person wurden die Pflichten des Verwaltungsrats und Geschäftsführers signifikant verschärft. Neu wird die nicht pflichtgemässe Führung der Verzeichnisse mit Busse bestraft. Diese ist gemäss Art. 327a StGB auszufällen, sobald vorsätzlich die in Art. 327a StGB aufgezählten Verzeichnisse⁷³ nicht vorschriftsgemäss geführt oder wenn die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt werden.⁷⁴

70 Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 618; Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 351, mit der Einschränkung, wonach, wenn berechnete Zweifel daran bestehen, dass die Angaben des wirtschaftlich Berechneten nicht mehr korrekt sind und der formelle Aktionär keine Erkundigungen anstellt, regelmässig eine (eventual-)vorsätzliche Erfüllung des Straftatbestands vorliegen dürfte.

71 So auch Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019, S. 351.

72 Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 618 f. m.w.H.

73 Das Aktienbuch nach Art. 686 Abs. 1–3 und 5 OR; das Anteilbuch nach Art. 790 Abs. 1–3 und 5 OR; das Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen an Aktien nach Art. 697l OR bzw. an Stammanteilen nach Art. 790a Abs. 5 i.V.m. Art. 697l OR.

74 Diese Strafnorm ist, wie Art. 327 StGB, eine Übertretung, weshalb auf die dort gemachten Ausführungen zu Bussenhöhe, Verjährung etc. verwiesen werden darf. Einzig mit Bezug auf die Verjährung, muss wohl geprüft werden, ob das nicht vorschriftsgemässe Führen der Verzeichnisse ein Dauerdelikt darstellt, womit die Verjährung erst bei Wegfallen der einschlägigen Verpflichtung oder bei richtiger Korrektur zu laufen beginnt.

Die Führung dieser Verzeichnisse obliegt dem Verwaltungsrat bzw. – bei entsprechender Delegation – den Geschäftsführern. Damit unterliegen diese Organmitglieder der Strafnorm.⁷⁵

Der Tatbestand wird bei vorschriftswidriger Führung erfüllt.⁷⁶ Damit kann auch ein falsches Verzeichnis, sofern vorschriftsgemäss geführt, aus Sicht von Art. 327a StGB unproblematisch sein. Da sich der Inhalt der Verzeichnisse auf Meldungen der meldepflichtigen Personen stützt, kann er auch falsch sein, ohne dass eine vorschriftswidrige Verzeichnisführung vorliegt.⁷⁷

Literatur

Akeret, Philipp/Bammater, Mirjam: Unternehmen aufgepasst: Sind Aktienbuch & Co. noch à jour, in: Expert Focus 10/1, S. 727 ff.

Böckli, Peter: OR-Rechnungslegung, 2. Auflage, Zürich 2019.

Facincani, Nicolas: Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2017, Zürich.

Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Business Judgment Rule, in: TREX – Der Treuhandexperte 6/2019.

Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Die Revision des Aktienrechts – ein Überblick, in: Mathis/Nobs (Hrsg.): Treuhand und Revision, Jahrbuch 2018, Zürich.

Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär, in: TREX – Der Treuhandexperte 4/2015.

Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Revision des Aktienrechts: Schwerpunkte der geplanten Aktienrechtsrevision, in: TREX – Der Treuhandexperte 1/2018.

75 Art. 29 StGB.

76 Zur vorschriftsgemässen Führung gehört auch die Pflicht zur Aufbewahrung der den Meldungen über die wirtschaftlich berechtigten Personen und dem Registereintrag zugrunde liegenden Belegen und die Möglichkeit hierauf jederzeit in der Schweiz zugreifen zu können.

77 Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019, S. 619.

Frey, Martin/Leis, Timo: Offenlegungspflichten nach GAFI und Private Equity – wie, wer, was oder die Quadratur des Kreises, in: Dieter Gericke (Hrsg.): Private Equity V, Zürich 2016.

Gayler, Lukas: Bewertungsfragen bei einer Kapitalerhöhung aus rechtlicher Sicht, in: Treuhand kompakt 2/2019.

Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Neue Meldepflicht bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: AJP 6/2015.

Gericke, Dieter/Kuhn, Daniel: Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, in: AJP 12/2019.

Glanzmann, Lukas/Spoerlé, Philip: Das neue Global Forum-Gesetz, in: GesKR 2018.

Glanzmann, Lukas: Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für den Verwaltungsrat und Aktionäre, in: SJZ 115/2019.

Glanzmann, Lukas: Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, 2016.

Plüss, Adrian/Facincani-Kunz, Dominique: in: Roberto, Vito/Trüeb, H. Rudolf (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 550–771, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 717 OR N 1 ff.

Spoerlé, Philip: Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, in: GesKR 2019.

Spoerlé, Philip: Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, in: Expert Focus 9/15, S. 733 ff.

Vischer, Markus/Galli, Dario: Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, in: AJP 12/2019.

