

GAFI – Meldepflicht der Aktionäre bzgl. Erwerb von Inhaberaktien und wirtschaftlicher Berechtigung bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen

Abschlussarbeit im Rahmen des
CAS Paralegal I/2016

an der
Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW
School of Management and Law

bei Dr. Jacqueline Janser

vorgelegt von:

Gordana Nisevic
Brunnenmattstrasse 21
6317 Oberwil b. Zug

Abgabefrist: 10. Juni 2016

INHALTSVERZEICHNIS.....	I
LITERATURVERZEICHNIS	II
MATERIALIEN.....	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	V
I. EINLEITUNG	1
II. HINTERGRUND DER NEUEN MELDEPFLICHTEN.....	2
A. Die Empfehlungen der GAFI.....	2
B. Vorgabe des Global Forum.....	3
III. UMSETZUNG / WAHRNEHMUNG DER MELDEPFLICHT	4
A. Meldepflicht der Aktionäre im Allgemeinen	4
1. Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien	4
a. Entstehungszeitpunkt der Meldepflicht	5
b. Definition des Begriffes „Erwerb“	5
2. Meldung des wirtschaftlich Berechtigten an Inhaber- und Namenaktien.....	7
a. Definition des „wirtschaftlich Berechtigten“	8
b. Meldepflichtauslösender Schwellenwert	9
c. Berechnung des Schwellenwerts.....	10
d. Zähler der Berechnungsformel	11
e. Nenner der Berechnungsformel.....	12
f. Auseinanderfallen von Zähler und Nenner	14
B. Meldung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen.....	14
1. Besteht eine Pflicht zur Meldung auf jeder Stufe?	14
2. Schwellenwert von 25% auf jeder Stufe.....	15
3. Formell-mathematischer Ansatz	16
4. Zurechnungsansatz.....	17
5. Ausnahmen von der Meldepflicht des wirtschaftlich Berechtigten.....	18
IV. SCHLUSSWORT.....	19

LITERATURVERZEICHNIS

AMSTUTZ THERESE, Neue Meldepflichten für Anteilseigner und Gesellschaften im Zuge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, KPMG 2015.

BAUER THOMAS, Kommentar zu Art. 899-918 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

FACINCANI NICOLAS/SUTTER RETO, Meldepflicht des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär, TREX 2015, S. 216 ff.

GERICKE DIETER/KUHN DANIEL, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die „société anonyme“ ist Geschichte, AJP 2015, S. 849 ff.

GLANZMANN LUKAS, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, www.recht.ch/doc/doc_download.cfm?438FB391A586B4F939641B9F0EF8D21B, besucht am: 08.05.2016.

GLANZMANN LUKAS/SPOERLÉ PHILIP, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger, GesKR 1/2015, S. 4 ff.

HEIM KATHRIN, VSB 2016, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014. (zit. KUKO OR-Autor).

KELLER THOMAS, § 15, 16, 19, in: Fischer Willi/Drenckhan Helke/Gwelessiani Michael/Theus Simoni Fabiana (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Teil II Gründung, Kapitel 3 Aktienkapital und Aktie, Basel 2014.

MÜLLER RONALD M., Kommentar zu Art. 745-775 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015.

RUDIN BETTINA, § 52-56, in: Fischer Willi/Drenckhan Helke/Gwelessiani Michael/Theus Simoni Fabiana (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Teil IV Aktionär und Generalversammlung, Kapitel 1 Aktionär, Basel 2014.

SCHENKER FRANZ, Kommentar zu Art. 626-649 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-61 SchIT AG und Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012.

SPOERLÉ PHILIP, Die Inhaberaktie, Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Diss. Zürich/St. Gallen 2015. (zit. Inhaberaktie).

DERS., Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, für Schweizer Kapitalgesellschaften und deren Anleger, Expert Focus 9/2015, S. 733 ff. (zit. Offenlegungspflichten).

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.

MATERIALIEN

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 605 ff.

Finanzmarktaufsicht Liechtenstein (FMA), FMA-Mitteilung 2015/7, www.fma-li.li/de/news/20151217-fma-mitteilung-2015-7.html, besucht am: 16.05.2016. (zit. FMA-Mitteilung).

GAFI, Internationale Standards zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie von Massenvernichtungswaffen, GAFI Empfehlungen vom Februar 2012, Paris 2015. (zit. GAFI-Empfehlungen).

GAFI Länderbericht, 3. Evaluationsbericht über das Schweizer System der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vom 14. Oktober 2005, www.fatf-gafi.org (Länder/Schweiz), besucht am: 08.05.2016.

Global Forum, Terms of Reference, To monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, 2010, www.oecd.org/ctp/44824681.pdf, besucht am: 08.05.2016. (zit. Richtlinien Global Forum).

Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007 (Stand am 1. Januar 2016), SR 221.411.

Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), SBVg 2016. (zit. VSB-Kommentar).

Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Notariate (Notariatsverordnung) vom 23. November 1960, LS 242.2, Erlass Kanton Zürich.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	andere Meinung
Art.	Artikel
BEG	Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffectengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008, SR 957.1
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FATF	Financial Action Task Force
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015, SR 958.1
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), vom 3. Oktober 2003, SR 221.301
GAFI	Groupe d'action financière

ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleiche Meinung
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG), vom 10. Oktober 1997, SR 955.0
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA) vom 8. Dezember 2010, SR 955.033.0
h.L.	herrschende Lehre
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006, SR 951.31
m.E.	meines Erachtens
mind.	mindestens
N	Note
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite

SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, SR 281.1
SRO/SLV	Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbands
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer

I. EINLEITUNG

- 1 Per 1. Januar 2016 hat die Schweiz die im Jahre 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen weitgehend umgesetzt. Insbesondere hat sie den Transparenzvorschriften hinsichtlich Abschaffung der Anonymität bei Inhaberaktien sowie der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Namen- sowie Inhaberaktien Rechnung getragen.
- 2 Aufgrund des hohen Aktualitätsgrades dieses Themas sowie der Tatsache, dass die Umsetzung der GAFI-Empfehlungen zu vielen strittigen Rechtsfragen geführt hat, möchte sich die Autorin mit den verschiedenen Auffassungen auseinandersetzen und versuchen, die wesentlichen Aspekte – insbesondere in Bezug auf den Erwerb von Inhaberaktien sowie die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten – zu vermitteln.
- 3 Vor allem möchte die Autorin aber versuchen einen Überblick hinsichtlich Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen zu schaffen, da diesbezüglich in der Praxis verschiedene Auffassungen vertreten werden und die Vorgehensweise unklar ist.
- 4 Aufgrund der Einfachheit und Verständlichkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die weibliche Form verzichtet.

II. HINTERGRUND DER NEUEN MELDEPFLICHTEN

A. Die Empfehlungen der GAFI

- 5 Die Groupe d'action financière (GAFI; englische Bezeichnung „Financial Action Task Force (FATF)“) ist eine 1989 gegründete zwischenstaatliche Organisation, welche geeignete Massnahmen, Methoden und Empfehlungen zur Bekämpfung von Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung sowie Massenvernichtungswaffen entwickelt. Sie umfasst heute insgesamt 36 Mitgliedsstaaten. Die Schweiz ist seit der Gründung der GAFI Mitglied. Um ihre Aufgabe zu erfüllen, hat die GAFI 40 Empfehlungen ausgearbeitet, welche als internationaler Standard zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie von Massenvernichtungswaffen anerkannt sind.¹ Es handelt sich hierbei jedoch nicht um zwingende Rechtsnormen, sondern um sogenanntes „Soft Law“.² Die Schweiz hat die 40 GAFI-Empfehlungen im Februar 2012 gutgeheissen und erfüllt den Standard weitgehend.³
- 6 Zwecks Prüfung der Umsetzung der Empfehlungen führt die GAFI regelmässig Länderprüfungen durch. Anlässlich der 3. Länderprüfung im Jahre 2005 wurde die Schweiz hinsichtlich Transparenz bei juristischen Personen – insbesondere bzgl. Inhaberaktien und der an den juristischen Personen wirtschaftlich Berechtigten – als „Non-compliant“ qualifiziert.⁴ Im Jahre 2012 hat die GAFI ihre Empfehlungen revidiert und insbesondere die Empfehlung 24 abgegeben, aufgrund welcher die Eigentümer von Inhaberaktien sowie die wirtschaftlich Berechtigten von Namen- und Inhaberaktien offenzulegen sind.⁵ Aufgrund dessen sowie der 3. Länderprüfung ist für die Schweiz ein Handlungsbedarf entstanden. Die Umsetzung der Empfehlungen überlässt die GAFI ihren Mitgliedsstaaten. Folglich hat der Schweizer Gesetzgeber am 12. Dezember 2014 ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) erlassen, welches Gesetzesrevisionen in acht Erlassen (ZGB, OR, SchKG, StGB, VStrR, KAG, GwG, BEG) nach sich gezogen hat. Die umfangreichsten Änderungen

¹ Vgl. dazu <http://www.fatf-gafi.org/about/>.

² Botschaft GAFI, S. 650; SPOERLÉ, Offenlegungspflichten, N 10, S. 734.

³ Botschaft GAFI, S. 611.

⁴ GAFI Länderbericht, S. 242.

⁵ GAFI Empfehlungen, S. 22.

haben hierbei das Gesellschaftsrecht bzw. das Obligationenrecht sowie das Geldwäschereigesetz erfahren. Die Bestimmungen des revidierten OR sind per 1. Juli 2015 in Kraft getreten. Für die Verwirkung der Rechte infolge Nichteinhaltung der Meldepflichten gilt eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2015.

B. Vorgabe des Global Forum

- 7 Obschon das Gesetz, wie vorangehend bereits erwähnt, von den „GAFI-Empfehlungen“ spricht, ist nicht die GAFI alleine Treiberin hinsichtlich Schaffung vermehrter Transparenz bei juristischen Personen. Vielmehr soll mit den gesetzlichen Änderungen auch den Anforderungen des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purpose (Global Forum) Genüge getan werden. Das Global Forum ist eine im Jahre 2000 durch die OECD gegründete multilaterale Organisation mit 127 Mitgliedern, zu welchen auch die Schweiz zählt. Zweck ist die Verhinderung von Steuerhinterziehung, wozu Standards bzgl. Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke entwickelt wurden.⁶ Diese sehen hierfür – analog den GAFI-Empfehlungen – eine erhöhte Transparenz vor, indem die nationalen Behörden der Mitglieder den Informationszugang hinsichtlich Eigentümerverhältnisse an juristischen Personen gewährleisten müssen.⁷ Wie bei den GAFI-Empfehlungen handelt es sich auch hier um Soft Law.⁸
- 8 Für die Prüfung der Umsetzung errichtete das Global Forum 2009 einen Peer-Review-Prozess, der sich aus zwei Phasen zusammensetzt: (1) Evaluierung der rechtlichen Rahmenbedingungen und (2) Umsetzung und Wirksamkeit der Standards.⁹ Anlässlich der im Jahre 2011 seitens der Schweiz abgeschlossenen ersten Phase des Peer-Review-Prozesses wurde die mangelnde Transparenz bei Inhaberaktien kritisiert.¹⁰ Somit hat der Peer-Review-Prozess des Global Forums die gesetzlichen Änderungen in der Schweiz mitverursacht. Hervorzuheben ist, dass die Standards des Global

⁶ Vgl. dazu <https://www.oecd.org/tax/transparency/>.

⁷ GERICKE/KUHN, S. 853; Richtlinien Global Forum, S. 4.

⁸ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 705, S. 343.

⁹ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 706, S. 344.

¹⁰ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 707, S. 344.

Forum bzgl. Transparenz bei juristischen Personen schärfer sind als die GAFI-Empfehlungen.¹¹

III. UMSETZUNG / WAHRNEHMUNG DER MELDEPFLICHT

A. Meldepflicht der Aktionäre im Allgemeinen

1. Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien

9 Durch Art. 697i OR wird der GAFI-Empfehlung 24 hinsichtlich Transparenz bei Inhaberaktionären und insbesondere dem Global Forum-Standard bzgl. Identifizierung der Aktieneigentümer Genüge getan. Dem Artikel kann entnommen werden, dass neu jeder Inhaberaktionär der Gesellschaft den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen bzw. seine Firma sowie seine Adresse innert Monatsfrist der Gesellschaft melden muss. Weiter muss sich der Inhaberaktionär identifizieren und den Besitz der Inhaberaktie nachweisen. Damit wird die Anonymität der Inhaberaktionäre aufgehoben. Sofern die Aktien bzw. Beteiligungspapiere der Gesellschaft börsenkotiert sind oder die Inhaberaktien als Bucheffekten nach BEG ausgestaltet sind, greift die Meldepflicht nicht.¹² Bei börsenkotierten Inhaberaktien ist die Transparenz aufgrund der in Art. 120 FinfraG festgelegten Meldepflicht gewährleistet.¹³ Sind die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet, werden diese einem Effektenkonto gutgeschrieben (Art. 6 BEG), welches sich bei der Bank des Aktionärs befindet. Da die Bank den Aktionär nach GwG identifizieren sowie auch den wirtschaftlich Berechtigten feststellen muss, erübrigt sich eine Meldepflicht.¹⁴

10 Der Wortlaut von Art. 697i OR umfasst die Inhaberaktionäre, nicht aber die Namenaktionäre, da sich diese – um ihre Mitwirkungspflichten gegenüber der Gesellschaft ausüben zu können – bereits bis anhin ins Aktienbuch haben eintragen müssen. Gemäss Art. 656a Abs. 2 OR können Inhaberaktien

¹¹ Botschaft GAFI, S. 615.

¹² GLANZMANN, S. 19; SPOERLÉ, Offenlegungspflichten, N 42 und N 45, S. 736.

¹³ Botschaft GAFI, S. 616.

¹⁴ Botschaft GAFI, S. 617.

auch als Partizipationsscheine ausgegeben werden. Insofern umfasst die Meldepflicht ebenfalls die Inhaberpartizipationsscheine.¹⁵

a. Entstehungszeitpunkt der Meldepflicht

11 Ausgelöst wird die Meldepflicht durch den Erwerb einer Inhaberaktie. Da der Schweizer Gesetzgeber keinen Schwellenwert definiert hat, löst demnach auch der Erwerb einer einzigen Aktie die Meldepflicht aus. Dies im Gegensatz zur börsenkotierten Gesellschaft, bei welcher gemäss Art. 120 FinfraG erst ein Erwerb ab 3% die Meldepflicht auslöst.¹⁶

12 Der genaue Entstehungszeitpunkt der Meldepflicht wird vom Schweizer Gesetzgeber nicht definiert. Hierbei herrscht jedoch Einigkeit: Es sei auf das Verfügungsgeschäft und nicht das Verpflichtungsgeschäft abzustellen.¹⁷ Dies ist m.E. insofern vertretbar, als das Gesetz gemäss Art. 685 OR i.V.m. Art. 967 OR hinsichtlich Erwerb von Namen- und Inhaberaktien sowie den diesbezüglichen Mitgliedschaftsrechten einen Eigentumsübertrag des Wertpapiers und somit den Vollzug eines Verfügungsgeschäfts vorsieht.¹⁸ Zudem ist diese Auffassung auch dadurch zu begründen, dass die GAFI-Empfehlung eine Verhinderung anonymer Übertragung bezweckt und Art. 697m OR eine Sanktion in Form einer Verwirkung bzw. eine Sistierung der Mitgliedschaftsrechte vorsieht.¹⁹

b. Definition des Begriffes „Erwerb“

13 Weil der Schweizer Gesetzgeber den Begriff „Erwerb“ nicht genauer erläutert, stellt sich die Frage, was alles unter dem Begriff Erwerb zu verstehen ist. Grundsätzlich ist hierbei der Eigentumserwerb an Aktien zu verstehen, welcher originär oder derivativ erfolgt.

14 Ein originärer Erwerb erfolgt durch Zeichnung von Aktien anlässlich einer Gründung oder einer Kapitalerhöhung.²⁰ Gestützt auf die vorstehenden

¹⁵ GLANZMANN, S. 18.

¹⁶ GERICKE/KUHN, S. 853.

¹⁷ FACINCANI/SUTTER, S. 217; GERICKE/KUHN, S. 854; GLANZMANN/SPOERLÉ, S. 9.

¹⁸ KELLER, § 16 Rz. 16.40, S. 213 f.

¹⁹ Botschaft GAFI, S. 662; GERICKE/KUHN, S. 854.

²⁰ RUDIN, § 54 Rz. 54.32, S. 713.

Ausführungen wäre somit darauf abzustellen, dass ein originärer Aktienerwerb ebenfalls die Meldepflicht auslöst. Jedoch wird zu Recht die Auffassung vertreten, dass sich bei einer Gründung die Meldepflicht erübrigt, da alle gemäss Art. 697i OR erforderlichen Angaben des Aktionärs in der öffentlichen Gründungsurkunde enthalten sein müssen²¹ und ein Notar alle Angaben überprüfen sowie den Aktionär identifizieren muss.²² Demgegenüber ist darauf abzustellen, dass der Aktienerwerb aufgrund einer Kapitalerhöhung meldepflichtig ist, da die Staatsangehörigkeit sowie das Geburtsdatum des Aktionärs nicht aus dem Zeichnungsschein hervorgehen und für die Notare keine Identifizierungspflicht besteht.²³

- 15 Ein derivativer Erwerb liegt vor, wenn der Eigentumserwerb auf einem Rechtsgeschäft (Kauf, Tausch, Schenkung)²⁴ beruht oder von Gesetzes wegen erfolgt.²⁵ Gestützt auf die Ausführungen unter vorstehender Rz. 12 wird hierbei die Meldepflicht nach Vollzug der Verfügungshandlung bzw. nach Übertrag des Besitzes am Aktientitel ausgelöst. Von Gesetzes wegen erfolgt ein Eigentumserwerb mittels Universalsukzession durch Erbschaft und Ehegüterrecht sowie Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung gemäss FusG.²⁶ Bei einer Erbschaft würde gestützt auf Rz. 12 demnach die Meldepflicht durch den Tod des Erblassers ausgelöst, da das Eigentum an den Aktien gestützt auf Art. 560 ZGB zu diesem Zeitpunkt an die Erben übergeht. Dies würde jedoch in Fällen, in denen die Erben nicht sofort vom Erbfall Kenntnis erlangen, zu stossenden Ergebnissen hinsichtlich Meldefrist und Verwirkung der Vermögensrechte führen. Folglich sollte die Meldepflicht analog der Ausschlagungsfrist gemäss Art. 567 ZGB mit Kenntnisnahme über den Tod des Erblassers beginnen.²⁷ Im Falle einer Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung geht das Eigentum

²¹ Vgl. hierzu Art. 44 Bst. a HRegV.

²² SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 745, S. 361; vgl. auch Notariatsverordnung ZH, § 13.

²³ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 746, S. 362.

²⁴ RUDIN, § 54 Rz. 54.33 und Rz. 54.37, S. 714.

²⁵ RUDIN, § 54 Rz. 54.34, S. 714.

²⁶ SPOERLÉ, Offenlegungspflichten, N 17, S. 734.

²⁷ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 768, S. 374.

gemäss Art. 22, Art. 52, Art. 67 und Art. 73 FusG mit Eintragung ins Handelsregister über. Folglich beginnt die Meldepflicht mit Eintragung im Tagesregister.²⁸

- 16 Ebenfalls der Meldepflicht untersteht der Erwerb einer Nutzniessung, da dem Nutzniesser der Gebrauch und die Nutzung an der Inhaberaktie eingeräumt werden und es der Übergabe des indossierten Aktientitels bzw. einer Zession bedarf.²⁹ Die Meldepflicht ist insofern gerechtfertigt, als der Nutzniesser der Eigentümer der Inhaberaktie wird, sobald er über diese verfügt³⁰ und ihm sämtliche Mitgliedschaftsrechte zukommen.³¹ Demgegenüber löst die Einräumung eines Pfandrechts an einer Inhaberaktie keine Meldepflicht aus, da die Mitgliedschaftsrechte nicht auf den Pfandgläubiger übergehen sondern beim Eigentümer verbleiben.³²

2. Meldung des wirtschaftlich Berechtigten an Inhaber- und Namenaktien

- 17 Mit Art. 697j OR ist der Schweizer Gesetzgeber der Offenlegungspflicht hinsichtlich wirtschaftlich berechtigter Personen an einer AG nachgekommen. Jeder Aktionär, welcher allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer nicht börsenkotierten Gesellschaft erwirbt und dadurch 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen auf sich vereinigt, muss innerhalb eines Monats der Gesellschaft den Vor- und Nachnamen sowie die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich wirtschaftlich handelt. Ferner muss ebenfalls jede Änderung bzgl. Vor- und Nachnamen sowie Adresse des wirtschaftlich Berechtigten gemeldet werden. Sind die Aktien als Bucheffekten ausgestaltet, greift die Meldepflicht nicht.

²⁸ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 773, S. 377.

²⁹ GLANZMANN, S. 8; KELLER, § 16 Rz. 16.45, S. 215; SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 776, S. 378.

³⁰ BSK-MÜLLER, N 11 zu Art. 772 ZGB.

³¹ BSK-BAUER, N 1 zu Art. 905 ZGB; SPOERLÉ, Offenlegungspflichten, N 20, S. 734.

³² BSK-BAUER, N 1 zu Art. 905 ZGB; SPOERLÉ, Offenlegungspflichten, N 20, S. 734.

a. Definition des „wirtschaftlich Berechtigten“

- 18 Die GAFI-Empfehlung 24 definiert den wirtschaftlich Berechtigten als natürliche Person, welche – mittels einer beherrschenden Beteiligung – die tatsächliche Kontrolle über eine juristische Person ausübt.³³ Folglich ist der wirtschaftlich Berechtigte immer eine natürliche Person. Kann dieser nicht festgestellt werden oder handelt es sich um eine juristische Person, so ist auf die natürliche Person am Ende der Kontrollkette abzustellen. Ist auch hierbei keine natürliche Person feststellbar, ist sodann die Identität des obersten Leitungsorgans festzustellen.³⁴ Daraus resultiert, dass der wirtschaftlich Berechtigte nicht zwingend der Aktionär sein muss.³⁵
- 19 Vor diesem Hintergrund werden zu Recht die Auffassungen vertreten, dass der Gesetzestext bzw. Wortlaut von Art. 697j OR nicht dem Sinn und Zweck der GAFI-Empfehlung 24 entspricht.³⁶ Legt man nämlich den Wortlaut „für die er letztendlich handelt“ aus, müssten sodann auch diejenigen wirtschaftlich Berechtigten gemeldet werden, deren direkte oder indirekte Beteiligung an der Gesellschaft unbedeutend ist und sie die Gesellschaft damit nicht effektiv kontrollieren.³⁷ M.E. ist, analog der Lehrmeinungen, auf den gewählten Ansatz von Art. 2a Abs. 3 GwG abzustellen.³⁸ Gemäss diesem ist der wirtschaftlich Berechtigte eine natürliche Person, welche die juristische Person letztendlich kontrolliert. Dieser Ansatz entspricht dem Sinn und Zweck der GAFI-Empfehlung 24.
- 20 Es stellt sich nun jedoch die Frage, ob es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um den Vermögensträger oder um die Person, welche die Kontrolle über die erworbenen Aktien ausübt, handelt.³⁹ Die VSB 16 und ihr folgend die GwV-FINMA unterscheiden hierbei zwischen den beiden Begriffen „wirtschaftlich Berechtigter“ und „Kontrollinhaber“. Der wirtschaftlich Berechtigte ist die Person, die ökonomisch berechtigt ist und das Vermögen kontrolliert

³³ Botschaft GAFI, S. 619; GAFI Empfehlungen, S. 60.

³⁴ GAFI Empfehlungen, S. 60 f.

³⁵ AMSTUTZ, S. 4.

³⁶ AMSTUTZ, S. 4; FACINCANI/SUTTER, S. 218; GLANZMANN/SPOERLÉ, S. 12.

³⁷ AMSTUTZ, S. 4; GLANZMANN/SPOERLÉ, S. 12.

³⁸ AMSTUTZ, S. 4; GLANZMANN/SPOERLÉ, S. 12.

³⁹ GERICKE/KUHN, S. 856.

und der Kontrollinhaber demgegenüber die Person, die mehr als 25% der Anteile oder Stimmen hält oder die Gesellschaft auf andere Weise kontrolliert.⁴⁰ M.E. ist für die Frage des wirtschaftlich Berechtigten auf den Kontrollinhaber abzustellen. Dies lässt sich insofern begründen, als die Botschaft GAFI den wirtschaftlich Berechtigten als die Person am Ende der Kontrollkette bezeichnet, indem diese eine beherrschende Beteiligung hält.⁴¹ Zudem ist zu beachten, dass Art. 697j OR die Umsetzung der GAFI-Empfehlung 24 hinsichtlich Offenlegung der wirtschaftlich Berechtigten Personen bezweckt und ebenfalls die Kontrolle in den Vordergrund stellt.⁴² Die GAFI definiert den wirtschaftlich Berechtigten nämlich als natürliche Person, welche die tatsächliche ultimative Kontrolle an der Gesellschaft ausübt sowie gemäss welcher die Transaktion erfolgt.⁴³ Demnach ist der wirtschaftlich Berechtigte an einer Gesellschaft derjenige, der einen Einfluss auf den Erwerb nehmen kann, die Gesellschaft kontrolliert und auf dessen Vermögen sich der Erwerb auswirkt.⁴⁴

b. Meldepflichtauslösender Schwellenwert

- 21 Die GAFI hat keinen Schwellenwert angesetzt, sondern lediglich eine Beteiligungshöhe von 25% als Beispiel für eine Kontrollbeteiligung genannt.⁴⁵ Dem Schweizer Gesetzgeber erschien ein Schwellenwert von 25% für eine qualifizierte Beteiligung als angemessen und folglich wurde dieser auch so angesetzt. Zudem erschien es sinnvoll, den Schwellenwert analog des Art. 2a Abs. 3 GwG anzusetzen. Ferner lehnt dieser Schwellenwert an die 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie an, welche für eine wirtschaftliche Beteiligung ebenfalls auf eine Beteiligung ab 25% abstellt.⁴⁶ SPOERLÉ macht jedoch auf die Tatsache aufmerksam, dass der wirtschaftlich Berechtigte in der 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie erst bei Überschreitung einer Beteiligung von 25% gemeldet werden muss und im Börsenrecht der Schwellenwert sogar noch höher angesetzt ist, nämlich bei einer Beteiligung von mehr

⁴⁰ HEIM, Rz. 5 zu Art. 20 VSB.

⁴¹ Botschaft GAFI, S. 619.

⁴² GAFI Empfehlungen, S. 60.

⁴³ GAFI Empfehlungen, S. 110.

⁴⁴ GERICKE/KUHN, S. 856.

⁴⁵ GAFI Empfehlungen, S. 84.

⁴⁶ Botschaft GAFI, S. 659.

als 33¹/₃%, was in der Vernehmlassung zu Kritik geführt hat.⁴⁷ Diese Kritik war m.E. insofern nicht gerechtfertigt, als die GAFI, wie vorangehend erwähnt, keinen Schwellenwert vorgeschrieben und somit dessen Festsetzung dem Schweizer Gesetzgeber überlassen hat.

- 22 Hinsichtlich Schwellenwert bei verschiedenen Aktienkategorien geht die h.L. davon aus, dass auf den Gesamtbesitz des Aktionärs und nicht die einzelnen Transaktionen abzustellen ist. Folglich sind alle Aktienkategorien bzw. die Namen- und Inhaberaktien jeweils zusammenzuzählen.⁴⁸ M.E. ist dem insofern zuzustimmen, als sich das gesamte Aktienkapital einer Gesellschaft grundsätzlich aus Inhaber- und Namenaktien zusammensetzen kann und hierbei die Inhaber- und Namenaktien ebenfalls addiert werden.⁴⁹
- 23 Im Gegensatz zur Überschreitung des Schwellenwerts löst die Unterschreitung somit keine Meldepflicht aus. Zu Recht wird hierbei in der Lehre die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall der Aktionär die Löschung der Eintragung des wirtschaftlich Berechtigten verlangen kann.⁵⁰

c. Berechnung des Schwellenwerts

- 24 Gemäss Wortlaut von Art. 697j OR stellt der Schwellenwert von 25% auf das Aktienkapital oder die Stimmen ab. Der Ausdruck Stimmen kann jedoch zu Missverständnissen führen, da im Aktienrecht damit grundsätzlich die Quoren bei einer Beschlussfassung zu verstehen sind. Korrekter und präziser wäre demgemäss – wie von SPOERLÉ festgehalten wird – der Begriff „Stimmrechte“ gewesen.⁵¹
- 25 Die Berechnungsgrundlagen für den Schwellenwert bilden einerseits das eingetragene Aktienkapital der Gesellschaft resp. alle mit den ausgegebenen Aktien verbundenen Stimmen als Nenner⁵² und andererseits die

⁴⁷ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 848, S. 412 f.

⁴⁸ GLANZMANN, S. 6; SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 845, S. 412; VISCHER, S. 10.

⁴⁹ KELLER, § 16 Rz. 16.1, S. 202.

⁵⁰ GLANZMANN, S. 10; SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 934, S. 451 f.

⁵¹ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 850, S. 413.

⁵² SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 853, S. 414.

Summe der Nennwerte der vom Aktionär gehaltenen Aktien und Partizipationsscheine als Zähler.⁵³

- 26 Es gilt zu beachten, dass ggf. zwei Rechnungen auszuführen sind. Erreicht bspw. ein Aktionär aufgrund seiner Beteiligung am Aktienkapital die meldepflichtige Beteiligung von 25% nicht, ist der Anteil seiner Stimmen auszurechnen, da er ggf. im Besitz von Stimmrechtsaktien ist und folglich trotzdem die meldepflichtige Beteiligungsschwelle erreicht.

d. Zähler der Berechnungsformel

- 27 Für die Bestimmung des Zählers werden die vom Aktionär gehaltenen Nennwerte der Namen- und Inhaberaktien sowie Partizipationsscheine zusammengezählt. Bei der Berechnung der meldepflichtigen Beteiligung ist auf die nach dem Erwerb gehaltenen Aktien und/oder Partizipationsscheine abzustellen. Bei der zweiten Berechnung hinsichtlich Stimmrechtsaktien, ist die allgemeine Stimmkraft und nicht diejenige für besondere Beschlüsse zu berücksichtigen.⁵⁴
- 28 Sofern ein Aktionär weitere Aktien mittels Kapitalerhöhung erwirbt, ist diese weitere Beteiligung der bisherigen hinzuzurechnen, sobald der Aktionär die diesbezüglichen Rechte ausüben kann.⁵⁵
- 29 Nach h.L. entfalten sich die internen Wirkungen einer ordentlichen oder bedingten Kapitalerhöhung bei den Feststellungsbeschlüssen des VR bzw. die Statutenänderungen sind sofort nach Beschlussfassung des VR wirksam.⁵⁶ Folglich kann der Aktionär seine Mitgliedschaftsrechte an den durch Kapitalerhöhung erworbenen Aktien unmittelbar nach Statutenänderungsbeschluss des VR wahrnehmen und die Beteiligung wird ihm zu diesem Zeitpunkt hinzugerechnet.

⁵³ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 862, S. 419.

⁵⁴ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 862, S. 419.

⁵⁵ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 863 ff., S. 419 f.

⁵⁶ BÖCKLI, N 621, S. 197 f.; BSK-SCHENKER, N 9 zu Art. 647 OR; KUKO OR-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 4 zu Art. 647 OR; a.M. VON DER CRONE, §10, N 21, S. 646.

30 Erwirbt der Aktionär durch eine bedingte Kapitalerhöhung weitere Beteiligungen, kann er seine Beteiligungsrechte sofort nach Ausübung seiner Wandel- oder Optionsrechte sowie Erfüllung seiner Einlagepflicht gestützt auf Art. 653 Abs. 2 OR ausüben.⁵⁷ Folglich werden ihm die weiteren Beteiligungen zu diesem Zeitpunkt hinzugerechnet.

e. **Nenner der Berechnungsformel**

31 Im Interesse der Praktikabilität sowie Rechtssicherheit sei hinsichtlich des Nenners auf das im Handelsregister eingetragene Aktien- und Partizipationskapital sowie die dort eingetragenen Stimmrechte abzustellen.⁵⁸ Dieses setzt sich aus der Summe der Nennwerte der Aktien zusammen und es ist hierbei nicht massgebend, ob die Aktien teil- oder vollliberiert sind.⁵⁹ Demgemäss sind die durch eine Kapitalerhöhung neu geschaffenen Aktien bzw. durch eine Kapitalherabsetzung vernichteten Aktien ebenfalls erst nach Eintragung im Handelsregister zu berücksichtigen.⁶⁰

32 Weil den Aktionären – welche der Meldepflicht nachkommen müssen – eventuell vor Publikation im Handelsregister die Anzahl der neu geschaffenen Aktien durch Kapitalerhöhung bzw. der vernichteten Aktien mittels Kapitalherabsetzung nicht bekannt ist, ist m.E. dem vorstehenden beizustimmen. Durch Abstellen auf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital ist nämlich sichergestellt, dass den Aktionären der korrekte Nenner und folglich die korrekte Beteiligungshöhe bekannt ist. Dasselbe gilt für eine bedingte Kapitalerhöhung, da den Aktionären bei bedingtem Kapital, die Anzahl der neu geschaffenen Aktien vor Eintragung im Handelsregister, im Normalfall nicht bekannt ist.⁶¹

33 Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Aktien- und Partizipationskapital (sofern beides vorhanden ist) addiert werden soll. GLANZMANN verweist hierzu auf Art. 656b Abs. 3 OR, gemäss welchem das Aktien- und Partizipationskapital nur in begründeten Fällen zusammenzuzählen ist. Setzt sich

⁵⁷ VON DER CRONE, §10, N 57, S. 658.

⁵⁸ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 853, S. 414.

⁵⁹ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 861, S. 418.

⁶⁰ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 854, S. 415.

⁶¹ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 854, S. 415.

bspw. ein Aktienkapital aus 100 Namenaktien und 500 Partizipationsscheinen zusammen, kann der Fall eintreten, dass ein Aktionär 25 Namenaktien sowie 5 Partizipationsscheine hält. Berechnet man nun seine Beteiligung nur aufgrund des Aktienkapitals, erreicht er den meldepflichtigen Schwellenwert von 25%. Wird seine Beteiligung demgegenüber aufgrund des addierten Aktien- und Partizipationskapitals berechnet, erreicht er den Schwellenwert nicht, da er zusammengerechnet 30 Namenaktien und Partizipationsscheine von insgesamt 600, also nur 5% hält.⁶² Allerdings würde der Aktionär bei addiertem Aktien- und Partizipationskapital 25% der Stimmen auf sich vereinigen, da er 25 Namenaktien von insgesamt 100 hält und im Normalfall jede Aktie eine Stimme enthält und Partizipationsscheine kein Stimmrecht enthalten. Insofern würde er in diesem Fall trotzdem als wirtschaftlich Berechtigter gelten. Demgegenüber vertritt SPOERLÉ die Auffassung, die Addition des Aktien- und Partizipationskapital ergäbe sich aus Art. 656a Abs. 2 OR, gemäss welchem die Bestimmungen für das Aktienkapital und die Aktie (sofern keine abweichenden Bestimmungen vereinbart wurden) analog auf das Partizipationskapital und den Partizipationsschein anzuwenden sind.⁶³

- 34 M.E. ist auf die Addition des Aktien- und Partizipationskapitals abzustellen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass beim Zähler bzw. der Beteiligungsquote des Aktionärs die Aktien und Partizipationsscheine – wie vorstehend bereits festgehalten – ebenfalls addiert werden. Folglich sind auf der Stufe des Nenners zwecks Vereinfachung der Berechnung und insbesondere der Einheitlichkeit in Bezug auf Zähler und Nenner das Aktien- und Partizipationskapital ebenfalls zu addieren. Würden die Aktien und Partizipationsscheine auf der Stufe des Zählers addiert werden, jedoch beim Nenner nicht, ergäbe das in sich einen Widerspruch. Man käme nämlich insofern ggf. auf ein unkorrektes Ergebnis, als bei der vom Aktionär gehaltenen Aktienzahl (Zähler) die Partizipationsscheine hinzugerechnet sind, jedoch beim Aktienkapital (Nenner) das Partizipationskapital nicht mitenthalten wäre.

⁶² GLANZMANN, S. 6.

⁶³ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 856, S. 416 f.

f. Auseinanderfallen von Zähler und Nenner

35 Wie vorangehend festgehalten wird beim Nenner auf Stufe der Gesellschaft auf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital und beim Zähler auf die vom Aktionär tatsächlich gehaltene Beteiligung abgestellt. Dies kann jedoch dazu führen, dass dem Aktionär auf Stufe des Zählers die durch eine bedingte Kapitalerhöhung erworbenen Aktien hinzugerechnet werden, bevor allerdings das neue Aktienkapital im Handelsregister eingetragen wurde und somit auf Stufe des Nenners noch das alte Aktienkapital einfließt. Folglich kann dieser Umstand dazu führen, dass der Aktionär eine kurze Zeit den meldepflichtigen Schwellenwert erreicht, obschon die meldepflichtige Beteiligungsquote nach erfolgter Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister allenfalls nicht erreicht werden wird. Demnach weist SPOERLÉ zu Recht darauf hin, dass in solchen Fällen von einer Meldepflicht abzusehen ist.⁶⁴

B. Meldung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen

36 Nun kann allerdings der Fall auftreten, dass eine juristische Person eine meldepflichtige Beteiligung von 25% erwirbt und folglich den wirtschaftlich Berechtigten offenlegen muss. Wie bereits vorstehend unter Ziff. III.2.a. festgehalten, ist der wirtschaftlich Berechtigte immer eine natürliche Person. Somit muss diese juristische Person diejenige natürliche Person melden, für die sie handelt. Es handelt sich hierbei um eine indirekte Beteiligung. Das Vorgehen bei solchen mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen ist in der Lehre jedoch stark umstritten.

1. Besteht eine Pflicht zur Meldung auf jeder Stufe?

37 Würde auf den genauen Wortlaut vom Art. 697j OR abgestellt werden, müssten bei mehrstufigen Verhältnissen alle natürlichen Personen gemeldet werden, die an einer Gesellschaft auf einer Zwischenstufe beteiligt sind

⁶⁴ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 872, S. 423.

oder sich am Ende der Kontrollkette befinden und folglich an der obersten Gesellschaft beteiligt sind.

- 38 Gemäss h.L. ist jedoch keine Meldung auf jeder Stufe erforderlich. Andernfalls würde dies nämlich insbesondere dazu führen, dass bei Konzernverhältnissen die Muttergesellschaft (welche meldepflichtig ist) gegenüber ihrer Tochter alle Aktionäre offenlegen müsste, da sich diese infolge indirekter Beteiligung am Ende der Kontrollkette befinden. Dies auch dann, wenn die Aktionäre die Beteiligungsschwelle von 25% gegenüber der Muttergesellschaft nicht erreichen und demgemäss nicht meldepflichtig wären.⁶⁵ Die Autoren GERICKE und KUHN weisen sogar noch darauf hin, dass es sich hierbei um ein Versehen des Schweizer Gesetzgebers handelt, da er diese Problematik bei der Gesetzgebung nicht berücksichtigt hat.⁶⁶ Weiter würde dies auch zu einer Ausuferung der Meldepflicht führen, welche nicht im Sinne des Schweizer Gesetzgebers sein könne.⁶⁷
- 39 M.E. ist dem vorangehenden zuzustimmen bzw. keine Meldepflicht auf jeder Stufe erforderlich. Dies ergibt sich insbesondere aus der GAFI-Empfehlung 24, die besagt, dass diejenigen natürlichen Personen zu melden sind, welche die Gesellschaft tatsächlich kontrollieren.⁶⁸ Demgemäss sind bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen bspw. bei Konzernverhältnissen nur diejenigen an der Muttergesellschaft beteiligten Aktionäre offenzulegen, welche eine tatsächliche Kontrolle ausüben.

2. Schwellenwert von 25% auf jeder Stufe

- 40 In der Lehre umstritten ist nun allerdings die Frage, wann eine indirekte Beteiligung meldepflichtig ist. Auch diesbezüglich enthält das Gesetz keine ausführlichen Vorgaben. Folgt man dem Wortlaut von Art. 697j OR, könnte man darauf abstellen, dass der Schwellenwert von 25% auf jeder Stufe vorhanden sein muss. Da die Meldepflicht allerdings die Umsetzung der GAFI-Empfehlung 24 bezweckt, ist m.E. hierbei ebenfalls auf das Element Kontrolle, welches die GAFI-Empfehlung 24 hervorhebt, abzustellen. Infolge der

⁶⁵ GERICKE/KUHN, S. 856 f.; GLANZMANN, S. 15; SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 924, S. 446.

⁶⁶ GERICKE/KUHN, S. 857.

⁶⁷ SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 922, S. 446 f.

⁶⁸ GAFI Empfehlungen, S. 60.

verwässernden Einflussmöglichkeiten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass bei einem Schwellenwert von 25% auf jeder Stufe auch eine tatsächliche Kontrolle über die Gesellschaft ausgeübt wird, da die Kontrollmöglichkeit bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen abnimmt.⁶⁹

3. Formell-mathematischer Ansatz

- 41 Wie bereits vorstehend erwähnt, nimmt die Kontrollmöglichkeit bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen ab, da sich mit den 25% auf der 2. und 3. Beteiligungsstufe der Einfluss verwässert. Demnach wird von GERICKE und KUHN zu Recht die Auffassung vertreten, dass bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen ein Multiplikationstest durchzuführen ist, um die Beherrschungsmöglichkeiten zu prüfen.⁷⁰ Die B AG hält bspw. eine Beteiligung von 50% an der X AG. Die natürliche Person C ist mit 25% an der B AG beteiligt. Führt man nun den Multiplikationstest durch, hält C effektiv eine indirekte Beteiligung von 12.5% an der X AG ($25\% \times 50\%$).



- 42 Eine Gesellschaft wird dann kontrolliert, wenn die dahinterstehende natürliche Person diese Gesellschaft tatsächlich beherrscht bzw. kontrolliert, indem sie die Unternehmenspolitik steuert und die Organe bestimmen kann.⁷¹ Das Stimm- und Mitwirkungsrecht eines Aktionärs in einer AG bemisst sich i.V.m. Art. 694 OR nach der Höhe des Nominalwerts der dem Aktionär gehörenden Aktien und somit nach seiner Beteiligungshöhe (sofern keine Stimmrechtsaktien ausgegeben sind).⁷² Gestützt auf diese Ausführungen

⁶⁹ GERICKE/KUHN, S. 857.

⁷⁰ GERICKE/KUHN, S. 857.

⁷¹ VSB-Kommentar, Art. 20 Ziff. 3, S. 17.

⁷² RUDIN, § 52 N 52.7, S. 654.

ist nicht davon auszugehen, dass die B AG durch die natürliche Person C eine tatsächliche Kontrolle an der X AG ausüben kann. Würde man keinen Multiplikationstest durchführen und C aufgrund der 25% als wirtschaftlich Berechtigter feststellen, wäre dies nicht im Sinne der GAFI-Empfehlung 24, welche insbesondere auf die Kontrolltätigkeit abstellt.

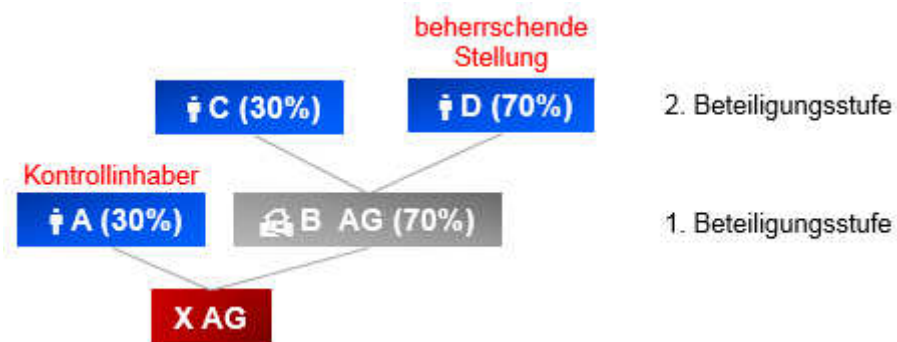
4. Zurechnungsansatz

43 Gegenüber der von GERICKE und KUHN vertretenen Multiplikationstheorie verweisen GLANZMANN, SPOERLÉ sowie AMSTUTZ auf Art. 2a Abs. 3 GwG i.V.m. Art. 4 GwG, verzichten jedoch diesbezüglich auf genauere Erläuterungen.⁷³ Folglich wird auf das Vorgehen analog dem GwG abgestellt. Die VSB 16 hat die im GwG geregelten Sorgfaltspflichten konkretisiert und definiert. Wie vorangehend unter Rz. 16 erwähnt, ist hinsichtlich des wirtschaftlich Berechtigten auf den Kontrollinhaber analog dem GwG abzustellen. Gemäss Praxis der VSB 16 wird bezüglich Vorgehen zur Feststellung des Kontrollinhabers auf den Zurechnungsansatz abgestellt. Die Autorin kann aus der Praxis ihrer Tätigkeit als Anlaufstelle der Fachstelle SRO/SLV festhalten, dass die FINMA der Praxis der VSB 16 folgt und den Zurechnungsansatz anwendet, obwohl die FINMA dies bis anhin (noch) nicht schriftlich festgehalten hat. Gemäss Zurechnungsansatz ist auf der ersten Beteiligungsstufe der Kontrollinhaber festzustellen. Haben auf der ersten Stufe eine natürliche und eine juristische Person eine meldepflichtige Beteiligung, bspw. natürliche Person A 30% und B AG 70%, ist gemäss dem Zurechnungsansatz die Person A auf der ersten Stufe als Kontrollinhaber festzuhalten und weiter die B AG (welche mit 70% ebenfalls eine meldepflichtige Beteiligung hält) zu beachten und somit auf der zweiten Beteiligungsstufe eine natürliche Person zu suchen, welche mit über 50% Kapital- oder Stimmenanteil an B AG beteiligt ist (bspw. Person D).⁷⁴ Im Gegensatz zur Multiplikationstheorie wird die Kapitalbeteiligung von D an der X AG nicht ausgerechnet sondern der Zurechnungsansatz angewendet und nach

⁷³ AMSTUTZ, S. 5; GLANZMANN, S. 15 f.; SPOERLÉ, Inhaberaktie, N 923, S. 447.

⁷⁴ VSB-Kommentar, Art. 20 Ziff. 2 Abs. 3, S. 17.

einer beherrschenden Stellung von mind. 50% Kapital- oder Stimmenanteil gesucht.⁷⁵



- 44 Abschliessend ist festzuhalten, dass die überwiegende Lehre in der Schweiz den Zurechnungsansatz verfolgt. Demnach ist davon auszugehen, dass aufgrund der Einheitlichkeit der Zurechnungsansatz auch im Gesellschaftsrecht Anwendung finden wird.

5. Ausnahmen von der Meldepflicht des wirtschaftlich Berechtigten

- 45 Wie bereits vorangehend erwähnt, greift die allgemeine Meldepflicht bezüglich wirtschaftlich Berechtigter bei börsenkotierten Gesellschaften nicht. Da allerdings bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen der wirtschaftlich Berechtigte an der oberen Gesellschaft der unteren Gesellschaft zu melden ist, müsste bspw. eine börsenkotierte Muttergesellschaft ihrer nicht börsenkotierten Tochtergesellschaft die Aktionäre melden, welche jedoch gegenüber der Muttergesellschaft aufgrund der börsenrechtlichen Offenlegungspflichten nicht meldepflichtig sind. Demnach wird in der Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass in solchen Fällen die Ausnahme der Meldepflicht auf allen Stufen anzuwenden ist.⁷⁶ Eine solche Bestimmung ist in Art. 4 Abs. 1 GwG für den Bereich der Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre festgesetzt. Im OR fehlt allerdings eine analoge Bestimmung.

⁷⁵ VSB-Kommentar, Art. 20 Ziff. 2 Abs. 3, S. 17.

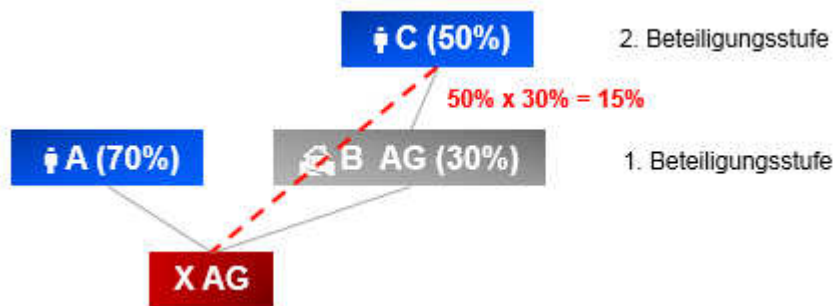
⁷⁶ GERICKE/KUHN, S. 587; GLANZMANN, S. 15.

IV. SCHLUSSWORT

- 46 Die Umsetzung der im Jahre 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen hat in der Schweiz eine grosse Unklarheit hervorgerufen. Insbesondere der Umstand, dass es der Schweizer Gesetzgeber unterlassen hat, wesentliche Punkte genauer zu definieren und zu erläutern, hat viele Fragen offen gelassen. Dies führte schlussendlich dazu, dass in der Literatur verschiedene Vorgehensweisen besprochen werden, die u.a. sehr voneinander abweichen. Dies trifft insbesondere auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen zu.
- 47 Zwar wurde mit Art. 697j OR die Vorgabe der GAFI hinsichtlich Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten umgesetzt, dennoch hätte der Schweizer Gesetzgeber diesen Artikel m.E. noch erweitern können. Insbesondere wären hinsichtlich Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen bereits gesetzlich verankerte Vorgehensweisen begrüssenswert gewesen und hätten für Klarheit gesorgt bzw. Missverständnisse vermieden.
- 48 M.E. ist bzgl. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen der formell-mathematische Ansatz anzuwenden. Zwar sprechen die Einfachheit sowie die schweizweite Einheitlichkeit für den Zurechnungsansatz, insbesondere auch weil die FINMA den Zurechnungsansatz anwendet. Dennoch ist, wenn man in die Zukunft vorausschauend und längerfristig denkt, auf die Multiplikationstheorie abzustellen. Diesen Ansatz gewählt hat bspw. die Finanzmarktaufsicht von Fürstentum Liechtenstein, welche für gestufte Beteiligungsverhältnisse den formell-mathematischen Ansatz bereits anwendet.⁷⁷ Folglich ist durchaus anzunehmen, dass die anderen Staaten ebenfalls den formell-mathematischen Ansatz anwenden werden und die Schweiz früher oder später folgen wird. Weiter entspricht der formell-mathematische Ansatz im Gegensatz zum Zurechnungsansatz eher der Kontrolltätigkeit, auf welche die GAFI-Empfehlung 24 abstellt. Insbesondere beim Zurechnungsansatz kann der Fall auftreten, dass diese ggf. nicht gegeben ist. Hält bspw. eine natürliche Person A 70%

⁷⁷ FMA-Mitteilung, Ziff. 4, S. 4.

und eine B AG 30% an einer X AG, ist die Person A als Kontrollinhaber bzw. wirtschaftlich Berechtigte festzustellen und gemäss Zurechnungsansatz bei der B AG auf der 2. Beteiligungsstufe eine natürliche Person mit einer Beteiligung von mind. 50% zu suchen. Hält nun eine Person C 50% an der B AG, wäre diese ebenfalls zu melden. Führt man allerdings nun den Multiplikationstest durch, hält die Person C eine indirekte Beteiligung von 15% an der X AG. Abgesehen davon, dass diese indirekte Beteiligung von 15% nicht dem Schwellenwert gemäss Art. 697j OR entsprechen würde, könnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Person C die X AG indirekt mit einer Beteiligung von 15% kontrolliert.



Wahrheitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Abschlussarbeit selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Quellen entnommen wurde, sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit enthält keine Plagiate.

Zug, 8. Juni 2016

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Gordana Nisevic