

Praxisorientierter GAFI-Leitfaden



Business-Bereich

Management

Personal

Führung

Erfolg & Karriere

Kommunikation

Marketing & Vertrieb

Recht

IT & Office

Sofort-Nutzen

Sie erfahren:

- welche Neuerungen die GAFI-Revision des Aktienrechts (Art. 697j bis Art. 697m OR, sog. GAFI-Gesetz) mit sich bringt.
- anhand von zahlreichen Praxisbeispielen wann ein meldepflichtiger Erwerb im Sinne des GAFI-Gesetzes vorliegt.
- welche Rechtsfolgen die Verletzung der aktienrechtlichen GAFI-Pflichten auf Stufe des Aktionärs und des Verwaltungsrats zeitigt.

Sie können:

- in einfachen Verhältnissen die aktienrechtlichen GAFI-Problemfelder erkennen und Ihr Handeln danach ausrichten.
- inskünftig als Aktionär oder Verwaltungsrat die neuen GAFI-Pflichten korrekt erfüllen.
- abschätzen, wann Sie bei GAFI-Sonderfragen frühzeitig einen Spezialisten beziehen müssen.

Autoren



Markus Vischer ist seit 1995 Partner bei Walder Wyss. Hauptschwerpunkte seiner Tätigkeit sind M&A-, Private-Equity- und Venture-Capital-Transaktionen, Unternehmensumstrukturierungen und Handels- und Gesellschaftsrecht inkl. Arbeitsrecht und Immobilienrecht. Durch die Beteiligung an namhaften Transaktionen, vor allem auch in der Medien-, Immobilien- und IT-Branche und im Gesundheitswesen, und viele einschlägige Publikationen zählt er zu den bekanntesten M&A-Spezialisten in der Schweiz.

Geboren 1960, studierte Markus Vischer an der Universität Zürich (lic. iur. 1984, Dr. iur. 1986) und am Queen Mary College, London University (LL.M. 1991). Er arbeitete als Assistent an der Universität Zürich, als juristischer Sekretär am Bezirksgericht Meilen und als Mitarbeiter einer Steuerrechtspraxis in Zürich und einer Anwaltskanzlei in London.



Dario Galli arbeitet als Substitut in der Gruppe Handels- und Gesellschaftsrecht bei Walder Wyss. Geboren 1988, studierte Dario Galli an der Universität Bern (BLaw 2013, MLaw 2014 mit Schwerpunkt im Privatrecht). Vor der Aufnahme seiner Tätigkeit bei Walder Wyss arbeitete er als Gerichtspraktikant am Regionalgericht Emmental-Oberaargau in Burgdorf.

Impressum

WEKA Business Dossier

Praxisorientierter GAFI-Leitfaden

Projektleitung: Petra Schmutz
Satz: Peter Jäggi
Korrektorat: Margit Bachfischer M.A., Bobingen

WEKA Business Media AG
Hermeschloostrasse 77
8048 Zürich
Tel. 044 434 88 34
Fax 044 434 89 99
info@weka.ch
www.weka.ch

1. Auflage 2017

VLB – Titelaufnahme im Verzeichnis Lieferbarer Bücher:
ISBN: 978-3-297-00366-4

© WEKA Business Media AG, Zürich

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werks darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet oder verbreitet werden.

Inhalt

Praxisorientierter GAFI-Leitfaden

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 5 |
| B. Sonderfragen betreffend die Art. 697i bis Art. 697m OR | 7 |
| I. Welches sind die «meldebegründenden Anteile» gemäss Art. 697j OR? | 7 |
| 1. Praxisbeispiel 1 Erwerb von Partizipationsscheinen..... | 7 |
| 2. Praxisbeispiel 2 Erwerb von Genussscheinen..... | 8 |
| II. Was ist unter «Erwerb» gemäss Art. 697j OR zu verstehen? | 8 |
| 1. Praxisbeispiel 3 Erwerb von Call- oder Put-Optionen..... | 8 |
| 2. Praxisbeispiel 4 Verpfändung von Aktien | 9 |
| 3. Praxisbeispiel 5 Errichtung einer Nutzniessung..... | 9 |
| 4. Praxisbeispiel 6 Aktientausch/Bucheffekten..... | 10 |
| 5. Praxisbeispiel 7 Erwerb börsenkotierter Anteile..... | 10 |
| 6. Praxisbeispiel 8 Gründung | 11 |
| 7. Praxisbeispiel 9 Symmetrische Kapitalerhöhung | 12 |
| 8. Praxisbeispiel 10 Asymmetrische Kapitalerhöhung | 13 |
| 9. Praxisbeispiel 11 Asymmetrische Kapitalherabsetzung | 15 |
| III. Wann liegt ein «Erwerb in gemeinsamer Absprache» gemäss Art. 697j OR vor? .. | 15 |
| 1. Praxisbeispiel 12 Gründung einer Aktiengesellschaft..... | 15 |
| 2. Praxisbeispiel 13 Aktienkaufvertrag | 18 |
| IV. Wer ist die «wirtschaftlich berechtigte Person» gemäss Art. 697j OR? | 18 |
| 1. Praxisbeispiel 14 Direkte Beteiligungsstruktur | 18 |
| 2. Praxisbeispiel 15 Indirekte Beteiligungsstruktur (einstufiges Beteiligungsverhältnis) | 19 |
| 3. Praxisbeispiel 16 Indirekte Beteiligungsstruktur (zweistufiges Beteiligungsverhältnis)... | 21 |
| 4. Praxisbeispiel 17 Indirekte Beteiligungsstruktur (dreistufiges Beteiligungsverhältnis) | 22 |
| 5. Praxisbeispiel 18 Indirekte Beteiligungsstruktur (vierstufiges Beteiligungsverhältnis) | 23 |
| 6. Praxisbeispiel 19 Indirekte Beteiligungsstruktur (materieller Test)..... | 24 |
| 7. Praxisbeispiel 20 Indirekte Beteiligungsstruktur (<i>Default</i> -Lösung)..... | 25 |
| 8. Praxisbeispiel 21 Erwerb durch eine Genossenschaft, eine Stiftung oder einen Verein .. | 25 |
| 9. Praxisbeispiel 22 Erwerb durch ein staatlich beherrschtes Unternehmen | 26 |
| V. Löst der Wechsel der wirtschaftlich berechtigten Person eine Meldepflicht gemäss Art. 697j OR aus? | 26 |
| 1. Praxisbeispiel 23 Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person | 26 |
| 2. Praxisbeispiel 24 Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person (Höhe der Beteiligung)..... | 27 |

| | |
|--|----|
| VI. Ausnahmen von der Meldepflicht | 27 |
| 1. Praxisbeispiel 25 Erwerb durch eine Tochtergesellschaft einer Publikumsgesellschaft... | 27 |
| 2. Praxisbeispiel 26 Fiduziarischer Erwerb für eine Gesellschaft mit Bucheffekten..... | 28 |
| VII. Verletzung der GAFI-Meldepflichten (Art. 697m Abs. 1–3 OR) | 28 |
| 1. Praxisbeispiel 27 Tragweite der Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1–3 OR (sachlicher Umfang)..... | 28 |
| 2. Praxisbeispiel 28 Tragweite der Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1–3 OR (personeller Umfang)..... | 29 |
| 3. Praxisbeispiel 29 Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen bei Verletzung der GAFI-Meldepflichten..... | 30 |
| 4. Praxisbeispiel 30 Zulässigkeit von <i>Ad-hoc</i> -GAFI-Meldungen | 31 |
| 5. Praxisbeispiel 31 Haftung für Meldepflichtverletzungen des Veräusserers? | 31 |
| VIII. GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats (Art. 697m Abs. 4 OR) | 32 |
| 1. Praxisbeispiel 32 Kenntnis des Verwaltungsrats von einem meldepflichtigen Erwerb... | 32 |
| 2. Praxisbeispiel 33 Nachforschungspflicht des Verwaltungsrats? | 33 |
| C. Fazit | 34 |

A. Einleitung

Vor dem Hintergrund der Geldwäschereiprävention sind per 1. Juli 2015 im Zuge der Umsetzung der Empfehlungen der *Groupe d'action financière* (GAFI) neue Bestimmungen im OR¹ – u.a. die Art. 697i bis Art. 697m sowie Art. 790a – in Kraft getreten (sog. GAFI-Gesetz²). Dieses umfassende Reformvorhaben geht auf die 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen zurück.³ Die GAFI, eine intergouvernementale Organisation mit Sitz bei der OECD in Paris, wurde 1989 von den G7-Staaten gegründet.⁴ Seit 1990 ist die Schweiz Mitglied der GAFI.⁵

Die neu in das OR eingefügten Art. 697i und Art. 697j auferlegen den Erwerb von Aktien in bestimmten Konstellationen Meldepflichten, die innert Monatsfrist⁶ seit Übertragung der Aktien zu Eigentum⁷ zu erfüllen sind. Massgeblich für die Entstehung der Meldepflicht(en) ist somit das *Verfügungsgeschäft* und nicht – etwa wie im Börsenrecht (vgl. Art. 120 FinfraG⁸ i.V.m. Art. 13 FinfraV-FINMA⁹) – das Verpflichtungsgeschäft.¹⁰ Zu beachten ist, dass bei nicht börsenkotierten *vin-kulierten* Namenaktien der Erwerb erst stattfindet, wenn die Gesellschaft ihre Zustimmung erteilt hat (Art. 685c Abs. 1 OR). Die Meldepflicht trifft stets den Erwerber der meldepflichtigen Anteile, d.h. den *formellen* Aktionär.¹¹ Mit Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes wurde demnach der eiserne Grundsatz des Aktienrechts durchbrochen, wonach Aktionäre *ex lege* einzig die sog. Liberierungspflicht trifft.¹²

Neu sind Erwerber von *Inhaberaktien* verpflichtet, den Erwerb der Gesellschaft zu melden und ihre Identität offenzulegen (Art. 697i OR). Diese Meldepflicht entsteht bereits ab dem Erwerb einer einzigen Inhaberaktie und ist bei jedem weiteren Erwerb immer wieder von Neuem zu erfüllen.¹³ Weiter müssen Erwerber von *Inhaber- und Namenaktien* die an den Aktien wirtschaftlich berechnete natürliche Person ab Erreichung resp. Überschreitung des Grenzwerts von 25% des Aktienkapitals

1 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

2 Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der *Groupe d'action financière*, BBl 2014 9689.

3 GAFI (2012), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* (zit. GAFI-Empfehlungen 2012), <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>> (besucht am 13.3.2017).

4 Siehe <<http://www.fatf-gafi.org/about>> (besucht am 13.3.2017).

5 Siehe <<http://www.fatf-gafi.org/countries/#Switzerland>> (besucht am 13.3.2017).

6 Bei der Fristberechnung findet Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR Anwendung.

7 Siehe dazu unten im Kapitel B die Praxisbeispiele 3 bis 11.

8 Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

9 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 3. Dezember 2015 (SR 958.111).

10 MARKUS VISCHER, Erste Antworten zu von Art. 697i–697m OR und Art. 1–3 UeB betreffend Transparenz von Aktiengesellschaften aufgeworfenen Fragen, in: Newsletter Special Edition Walder Wyss AG, 1. Juli 2010, <<http://www.walderwyss.com/publications/1635.pdf>> (besucht am 13.3.2017), Kapitel III.3.A.

11 URS P. GNOS/DOMINIK HOHLER, *Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2015*, njus.ch, Bern 2016, 22 f.; MICHAEL KUNZ, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, in: Jusletter 23. Februar 2015, N. 32.

12 MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrates gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten, in: Newsletter TREUHAND *kompakt* Nr. 05/2016, <<http://www.walderwyss.com/publications/1820.pdf>> (besucht am 13.3.2017), 2.

13 PHILIP SPOERLÉ, Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, in: EF 9/2015, 734.

oder der Stimmen melden (Art. 697j OR).¹⁴ Verlangt ist somit ein *qualifizierter* Erwerb. Kommen die Aktionäre ihren Meldepflichten nicht innert Frist nach oder sind die Meldungen inkorrekt, ruhen die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte entgegen der in der Lehre vorherrschenden Auffassung erst einen Monat *nach* dem Erwerb.¹⁵ Je nach Auslegung von Art. 697m Abs. 2 und 3 OR verirken die Vermögensrechte unseres Erachtens zudem erst zwei oder sechs Monate nach dem Erwerb der Aktien.¹⁶

Auch dem Verwaltungsrat wurden im Zusammenhang mit dem GAFI-Gesetz neue Pflichten auferlegt. Er hat sicherzustellen, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben (Art. 697m Abs. 4 OR). Handelt der Verwaltungsrat seinen Pflichten zuwider, zeitigt dies unter Umständen zivil- und/oder strafrechtliche Konsequenzen.¹⁷ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Erwerber von Inhaberaktien mindestens eine und im Falle eines qualifizierten Erwerbs sogar zwei Meldepflichten treffen. Beim Erwerb von Namenaktien gilt es hingegen nur zu prüfen, ob ein qualifizierter Erwerb vorliegt. Bejahendenfalls ist der Erwerber gemäss Art. 697j OR meldepflichtig.

Die aktienrechtlichen Bestimmungen des GAFI-Gesetzes werfen bei genauerer Betrachtung eine Fülle konzeptioneller und begrifflicher Fragen auf, welche dereinst durch die Gerichte zu klären sein werden. Anhand von Beispielen beantworten die Autoren in diesem Artikel praxisnah Sonderfragen im Zusammenhang mit dem GAFI-Gesetz, zeigen mögliche Lösungswege auf und versuchen, den Leser für die GAFI-Problematik zu sensibilisieren. Dabei steht vornehmlich die Meldepflicht gemäss Art. 697j OR – die praktisch bedeutsamere Meldepflicht – im Fokus. Allerdings lassen sich diverse Ausführungen (z.B. zum Erwerbsbegriff) *tel quel* auf Art. 697i OR übertragen.¹⁸

14 Die Ausführungen zu Art. 697j OR gelten *mutatis mutandis* auch für die GmbH (Art. 790a OR).

15 Gl.M. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, in: SJZ 21/2016, 482; BSK OR II-MARKUS HESS/EMANUEL DETTWILER, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 697m N. 13; HENRY PETER/TAMARA EREZ, Nuovi obblighi di annuncio e tenuta dell'elenco per le società anonime, in: NF 12/2015, 32; GNOS/HOHLER (Fn. 11) 30; DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: AJP 6/2015, 861; VISCHER (Fn. 10) Kapitel VII.3.E.; a.M. DANIEL KETTERER, Die Änderungen von Art. 697i ff. OR und die Auswirkungen auf die Abschlussprüfung, in: EF 12/2016, 920; SÉBASTIEN BETTSCHART/PHILIPP FISCHER, Les nouvelles règles de transparence pour les sociétés non cotées, in: Not@lex 4/2016, 110; OFK-MANUEL MEYER, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 697m N. 5; OLIVIER THÉVOZ, Transparence des personnes morales et publicité des participations, in: EF 8/2016, 576; GUY MUSTAKI/SHERVINE NAFISSI, Les sanctions en matière d'obligation d'annonce des actionnaires (art. 697m CO), in: SZW 3/2016, 286; OFK-STEPHAN DEKKER, Aktienrecht, Zürich 2016, Art. 697m N. 6; CHK-PHILIP SPOERLÉ, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 697j N. 12; DIANA IMBACH HAUMÜLLER, Auswirkungen der revidierten GAFI-Empfehlungen auf kollektive Kapitalanlagen, in: EF 1–2/2016, 25; ROLF SETHE/CARLO EGGLE, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, in: SJZ 21/2015, 523; THERESE AMSTUTZ, Neue Pflichten für Anteilseigner und Gesellschaften im Zuge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, 7. April 2015, <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2015/09/ch-pub-20150904-chancen-risiken-neue-pflichten-anteilseigner-de.pdf>> (besucht am 13.3.2017), 8; PETER LUTZ/MARTIN KERN, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, in: SJZ 12/2015, 308; Praxismitteilung EHRA 1/15, in: REPRAX 2/2015, 60; NICOLAS FACINCANI/RETO SUTTER, Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, in: TREX 4/2015, 219; PHILIPPE JACQUEMOUD/BENJAMIN VIGNIEU, Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, in: GesKR 4/2015, 544; LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?, in: GesKR 1/2014, 17.

16 VISCHER/GALLI (Fn. 12) 1 ff.; a.M. MUSTAKI/NAFISSI (Fn. 15) 290 f.

17 Einlässlich MARKUS VISCHER, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m OR, in: SJZ 5/2016, 113 ff.; siehe ferner VISCHER/GALLI (Fn. 12) 1 ff.

18 Siehe unten im Kapitel B. jeweils die entsprechenden Hinweise.

B. Sonderfragen betreffend die Art. 697i bis Art. 697m OR

I. Welches sind die «meldebegründenden Anteile» gemäss Art. 697j OR?

1. Praxisbeispiel 1

Erwerb von Partizipationsscheinen

a. Ausgangslage

A erwirbt 25% des Partizipationskapitals der X AG. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Nach dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 697j Abs. 1 OR sind ausschliesslich *Aktien* von der Meldepflicht erfasst. Der überwiegende Teil der Lehre möchte aber mit Hinweis auf Art. 656a Abs. 2 OR die Meldepflicht auch auf Partizipationsscheine, sog. *stimmrechtslose Aktien*, ausweiten.¹⁹ Diese Ansicht ist unseres Erachtens abzulehnen.²⁰ Sinn und Zweck von Art. 697j OR liegt darin, die natürlichen Personen aufzudecken, welche eine AG kontrollieren. Mit anderen Worten soll die Transparenz bei juristischen Personen erhöht werden. Dabei besitzt der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR dieselbe Bedeutung wie der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person in Art. 2a Abs. 3 GwG^{21,22} Wirtschaftlich berechnigte Person kann demnach nur sein, wer eine juristische Person (i.d.R. durch Ausübung des Stimmrechts an der Generalversammlung) *kontrolliert*. Diese Einflussmöglichkeit fehlt bei Partizipationsscheinen.²³ Aus diesem Grund ist der Erwerb von Partizipationsscheinen auch nicht von der börsenrechtlichen Meldepflicht erfasst (vgl. Art. 663c OR sowie Art. 120 Abs. 4 lit. b FinfraG *e contrario*).²⁴ Gleiches muss auch im Rahmen von Art. 697j OR gelten. Folglich erstreckt sich die Meldepflicht unseres Erachtens nicht auf den Erwerb von Partizipationsscheinen.²⁵

19 GERICKE/KUHN (Fn. 15) 855; Praxismitteilung EHRA 1/15 (Fn. 15) N. 13; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 2; CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 6; CHK-DOMINIK HOHLER/ROGER DÜRR, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 656a N. 5; MARTIN FREY/TIMO LEIS, Offenlegungspflichten nach GAFI und Private Equity – Wie, wer, was oder die Quadratur des Kreises, in: Private Equity V, Zürich/Basel/Genf 2016, 187.

20 So bereits VISCHER (Fn. 10) Kapitel II.; gl.M. GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 15) 11 bezüglich Art. 697j OR.

21 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

22 Einlässlich VISCHER/GALLI (Fn. 15) 481 ff.

23 VISCHER (Fn. 10) Kapitel II.

24 BSK OR II-ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 663c N. 16; SK FinfraG-THOMAS JUTZ/SIMON SCHÄREN, Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 120 N. 63; BSK BEHG/FINMAG-ROLF H. WEBER, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 20 BEHG N. 51.

25 Dies gilt unseres Erachtens auch betreffend Art. 697i OR.

2. Praxisbeispiel 2

Erwerb von Genussscheinen

a. Ausgangslage

A erwirbt 25% des Genussscheinkapitals der X AG. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Genussscheine gewähren dem Berechtigten nur Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn oder am Liquidationsergebnis oder auf den Bezug neuer Aktien (Art. 657 Abs. 2 OR). Der Genussschein vermittelt mit anderen Worten keine Mitgliedschaftsrechte, sondern – wie der Partizipationsschein – lediglich Vermögensrechte.²⁶ Unseres Erachtens muss bezüglich Genussscheinen das in Bezug auf die Partizipationsscheine Ausgeführte gelten.²⁷ Demnach ist eine Meldepflicht für Genussscheine gemäss Art. 697j OR mangels einer Kontrollmöglichkeit abzulehnen.²⁸ Diese Ansicht wird von der h.L. geteilt.²⁹ *In casu* trifft A somit keine Meldepflicht. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch der Erwerb von Anleiensobligationen (sog. *Bonds*) klarerweise nicht von Art. 697j OR erfasst ist.³⁰

II. Was ist unter «Erwerb» gemäss Art. 697j OR zu verstehen?

1. Praxisbeispiel 3

Erwerb von Call- oder Put-Optionen

a. Ausgangslage

A erwirbt von B eine Call-Option an den von B an der X AG im Umfang von 25% gehaltenen Aktien. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Der Erwerb einer *Call-Option* (sog. Kaufsrecht) stellt unseres Erachtens keinen Erwerb im Sinne des GAFI-Gesetzes dar und muss demnach nicht gemeldet werden.³¹ A erwirbt die Aktien nicht zu Eigentum, sondern ist bloss berechtigt, während eines bestimmten Zeitraums die Aktien der X AG zu einem bestimmten Preis von B zu erwerben. Gleiches muss auch für *Put-Optionen* (sog. Veräusserungsrecht) gelten, da der Optionsberechtigte Eigentümer der fraglichen Anteile bleibt.³² Selbst für den Fall, dass der Optionsberechtigte die *Put-Option* ausüben sollte, wäre dies kein meldepflichtiger Sachverhalt. Gemäss Art. 697j OR löst lediglich der Erwerb, nicht aber die Veräusserung von Anteilen eine Meldepflicht aus.³³

26 BSK OR II-CORRADO RAMPIN/TILL SPILLMANN, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 657 N. 1.

27 VISCHER (Fn. 10) Kapitel II.

28 Analoges gilt bezüglich Art. 697i OR.

29 Gl.M. GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 15) 9; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 3; CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 7.

30 Statt vieler BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 3.

31 VISCHER (Fn. 10) Kapitel III.3.A.; PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie, Diss. St. Gallen 2015 = SSHW Band Nr. 331, Zürich/St. Gallen 2015, N. 844.

32 Gl.M. SPOERLÉ (Fn. 31) N. 844.

33 Die Ausübung von *Call-* oder *Put-Optionen* ist auch nicht von Art. 697i OR erfasst.

2. Praxisbeispiel 4

Verpfändung von Aktien

a. Ausgangslage

B, welcher 40% des Aktienkapitals der X AG hält, schliesst mit A einen Darlehensvertrag ab. Zur Sicherung der Darlehensforderung verpfändet B seine Aktien der X AG. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Die Einräumung eines *regulären* Pfandrechts³⁴ ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht von der Meldepflicht gemäss Art. 697j OR erfasst, da der Pfandgläubiger (hier A) kein dingliches Vollrecht an den verpfändeten Aktien erwirbt.³⁵ Diese Ansicht wird von der Lehre mehrheitlich geteilt.³⁶ Unseres Erachtens muss dies unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung des Pfandrechts gelten. Selbst wenn der Pfandgläubiger (hier A) – entgegen der Gesetzeskonzeption (vgl. Art. 905 Abs. 1 ZGB³⁷) – das Stimmrecht an den Aktien ausüben kann und ihm das Recht zum Bezug der Dividende zufällt, stellt dies keinen meldepflichtigen Sachverhalt dar.

3. Praxisbeispiel 5

Errichtung einer Nutzniessung

a. Ausgangslage

A hält 25% des Aktienkapitals der X AG und räumt seiner Ehefrau B eine Nutzniessung an seinen Aktien ein. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Begründung der Nutzniessung keinen Erwerb gemäss Art. 697j OR dar.³⁸ Ein Erwerb im Sinne des GAFI-Gesetzes liegt unseres Erachtens nur vor, wenn das *dingliche Vollrecht*, d.h. das Eigentum, an den Aktien erworben wird.³⁹ Dafür sprechen im Wesentlichen zwei Gründe: Erstens kann dem Wortlaut von Art. 697j Abs. 1 OR nicht entnommen werden, dass auch der Erwerb der Stellung eines Quasieigentümers eine Meldepflicht auslösen soll. Überdies hat der Gesetzgeber im OR die Errichtung einer Nutzniessung dem Eigentumserwerb jeweils ausdrücklich gleichgestellt, wenn er dies beabsichtigt hat (siehe z.B. Art. 685a Abs. 2 oder Art. 1167 OR). Zweitens lassen sich in den Gesetzesmaterialien keine Hinweise finden, wonach der Erwerbsbegriff extensiv auszulegen ist. Unseres Erachtens argumentiert die h.L. zudem widersprüchlich. Ein Grossteil der Autoren, welcher die Begründung einer Nutzniessung als meldepflichtiges Rechtsgeschäft erachtet, verneint eine Meldepflicht bei der Pfanderrichtung. Wie EMANUEL DETTWILER

34 Etwas anderes gilt freilich in Bezug auf das *pignus irregulare*, wo der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger eine vertretbare Sache wie z.B. Aktien zu Eigentum (anstatt bloss zu Faustpfand) überträgt. Im Gegenzug verpflichtet sich der Pfandgläubiger, bei Erlöschen der Forderung eine entsprechende Menge und Qualität der vertretbaren Sache zurückzugeben.

35 So bereits VISCHER (Fn. 10) Kapitel III.3.A.; dies gilt auch bezüglich Art. 697i OR.

36 PETER/EREZ (Fn. 15) 21; GNOS/HOHLER (Fn. 11) 20; GERICKE/KUHN (Fn. 15) 854; SPOERLÉ (Fn. 31) N. 878; LUKAS GLANZMANN, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, <http://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2015/07/neue-transparenzvorschriften/ar_emea_neuetransparenzvorschriften_jul15.ashx?la=de> (besucht am 13.3.2017), 8; **a.M.** BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 20; offengelassen bei GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 15) 9.

37 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

38 Gl.M. FACINCANI/SUTTER (Fn. 15) 218 *in fine*; GNOS/HOHLER (Fn. 11) 20; **a.M.** BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 20; CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 18; GLANZMANN (Fn. 36) 8; OFK Aktienrecht-DEKKER (Fn. 15) Art. 697i N. 3; OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697j N. 4; PETER/EREZ (Fn. 15) 21; FREY/LEIS (Fn. 19) 187.

39 Dies gilt *tel quel* auch für Art. 697i OR.

und MARKUS HESS zu Recht monieren, kann eine Verpfändung vertraglich dergestalt konzipiert werden, dass auch der Pfandgläubiger analog zum Nutzniessungsberechtigten die Rechtsstellung eines Quasieigentümers einnimmt.⁴⁰ Es ist unseres Erachtens daher inkohärent, wenn man die Pfanderrichtung kategorisch vom Anwendungsbereich von Art. 697j OR ausschliesst, demgegenüber aber die Errichtung einer Nutzniessung automatisch der Meldepflicht unterstellen will. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Errichtung einer Nutzniessung kein meldepflichtiges Rechtsgeschäft darstellt und B folglich keine Meldung erstatten muss.

4. Praxisbeispiel 6 **Aktientausch/Bucheffekten**

a. Ausgangslage

A hält 25% des Aktienkapitals der X AG, und B hält 25% des Aktienkapitals der Y AG. A und B beschliessen, ihre Aktienpakete zu tauschen (Art. 237 f. OR). Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor? Ändert sich etwas, wenn die Aktien der X AG als Bucheffekten ausgestaltet sind (Variante)?

b. Stellungnahme

Ein Erwerb gemäss Art. 697j OR liegt bei jedem *derivativen* Erwerb von Aktien – nicht aber von Partizipationsscheinen oder Genussscheinen (vgl. dazu oben Kapitel B.I.) – vor. Neben der Schenkung sind somit insbesondere die klassischen Aktienkaufverträge oder das *pignus irregulare* vom Anwendungsbereich erfasst. Auch die praktisch bedeutsamen fiduziarischen Rechtsgeschäfte – unabhängig von deren Ausgestaltung als Verwaltungstreuhand (*fiducia cum amico*), Sicherungstreuhand (*fiducia cum creditore*) oder Erwerbstreuhand (sog. indirekte Stellvertretung) – sind als Erwerbsgeschäfte i.S.v. Art. 697j OR zu qualifizieren.⁴¹ Demnach ist im Aktientausch⁴² zwischen A und B ein meldepflichtiger Sachverhalt zu erblicken. In der Variante entfällt die Meldepflicht von B, nicht aber diejenige von A. Gemäss Art. 697j Abs. 3 OR besteht die Meldepflicht nicht, wenn die Aktien des *Targets*, d.h. der Zielgesellschaft, als Bucheffekten gemäss dem BEG⁴³ ausgegeben worden sind und die Verwahrungsstelle in der Schweiz ist.⁴⁴

5. Praxisbeispiel 7 **Erwerb börsenkotierter Anteile**

a. Ausgangslage

A erwirbt an der *SIX Swiss Exchange* 25% des Aktienkapitals eines gelisteten Unternehmens mit Sitz in der Schweiz. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor? Ändert sich etwas, wenn A die Beteiligungspapiere eines an der *New York Stock Exchange* gelisteten Unternehmens mit Sitz in der Schweiz erwirbt?

40 BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 20.

41 Gl.M. CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 16.

42 *In praxi* werden teilweise auch zwei Kaufverträge abgeschlossen und die gegenseitigen Forderungen verrechnet.

43 Bundesgesetz über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (SR 957.1).

44 Die Meldepflicht nach Art. 697j OR entfällt, wenn die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind.

b. Stellungnahme

Die Meldepflicht besteht nicht, wenn die Aktien einer Gesellschaft erworben werden, deren Aktien an einer Börse kotiert sind (Art. 697j Abs. 1 OR).⁴⁵ Indessen ist aufgrund des Wortlauts nicht klar, ob sämtliche Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sein müssen (i) und ob die Börse Sitz in der Schweiz haben muss (ii). Nach der h.L. greift diese Ausnahmebestimmung auch, wenn die Anteile an einer ausländischen Börse kotiert sind, sofern die Transparenzvorschriften nach FinfraG in vergleichbarer Weise gewährleistet sind.⁴⁶ Betreffend den Kotierungsumfang besteht in der Lehre Einigkeit darüber, dass es ausreicht, wenn lediglich eine Kategorie von Beteiligungspapieren an der Börse gehandelt wird.⁴⁷ Auch nicht kotierte Aktien werden nämlich von den börsenrechtlichen Meldepflichten erfasst.⁴⁸ Mit anderen Worten unterstünde der Erwerber von nicht börsenkotierten Namenaktien keiner Meldepflicht, wenn z.B. die Inhaberaktien dieser Gesellschaft an der Börse gehandelt würden. Mit Bezug auf die eingangs gestellten Fragen kann somit festgehalten werden, dass A in beiden Fällen keine Meldepflicht obliegt.

6. Praxisbeispiel 8

Gründung

a. Ausgangslage

A und B beschliessen, gemeinsam die X AG zu gründen. Beide zeichnen anlässlich der Gründung je 50% der Aktien.⁴⁹ Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Nach einhelliger Auffassung stellt der originäre Erwerb, d.h. beispielsweise der Erwerb von Anteilen im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung⁵⁰, ein meldepflichtiges Geschäft gemäss Art. 697j OR dar.⁵¹ Für den Beginn des Fristenlaufs ist auf den konstitutiven Eintrag in das Handelsregister (vgl. Art. 643 Abs. 1 OR), genauer gesagt auf das Datum des *Tagesregistereintrags*, abzustellen.⁵² Abzulehnen ist die Auffassung von MANUEL MEYER, welcher auf das Datum der SHAB-Publikation abstellen will.⁵³ Den meldepflichtigen Gründern gereicht es unseres Erachtens nicht zum Nachteil, wenn die Entstehung der Meldepflicht und der Beginn des Fristenlaufs – wie von MANUEL MEYER kritisiert – «auseinanderfallen». In der Praxis sollten die Gründer standardmässig vom beratenden Rechtsanwalt oder zumindest vom Notar auf die GAFI-Bestimmungen aufmerksam gemacht werden. Idealerweise werden inskünftig anlässlich der Gründung auch gerade sämtliche GAFI-Dokumente erstellt, welche bei Erhalt des Tagesregisterauszugs nur noch vervollständigt und unterzeichnet werden müssen. Vorliegend haben A und B innert eines Monats seit Eintragung der X AG in das Tagesregister die an den Aktien wirtschaftlich berechnigte Person zu melden.

45 Dies gilt auch im Rahmen von Art. 697i OR (vgl. dessen Abs. 1).

46 CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 47 m.w.H.

47 Statt vieler GERICKE/KUHN (Fn. 15) 858 f.; **a.M.** wohl Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBI 2014 659.

48 BSK OR II-HESS/DETTWILER (Fn. 15) Art. 697i N. 72.

49 Auf die Frage, ob ein Erwerb in gemeinsamer Absprache vorliegt, wird in Kapitel B.III. näher eingegangen.

50 Siehe unten die Praxisbeispiele 9 und 10.

51 Statt vieler GLANZMANN (Fn. 36) 8. Gleiches gilt auch bezüglich Art. 697i OR.

52 SPOERLÉ (Fn. 31) N. 897.

53 OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697i N. 9a.

7. Praxisbeispiel 9

Symmetrische Kapitalerhöhung

Variante A

a. Ausgangslage

A, B und C halten je 33,33% des Aktienkapitals (Namenaktien) der X AG. Alle drei Aktionäre haben die Aktien anlässlich der Gründung vom 1. Februar 2016, folglich *nach* Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes, erworben und fristgerecht die wirtschaftlich berechtigte Person gemeldet (sog. *neurechtlicher* Sachverhalt). Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der X AG vom 1. September 2016 wird beschlossen, das Aktienkapital der X AG im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung zu erhöhen. In der Folge zeichnen A–C im gleichen Umfang neue Aktien. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Zu differenzieren ist, ob die Kapitalerhöhung durch *Ausgabe neuer Aktien* erfolgt oder ob lediglich der *Nennwert der bestehenden Aktien erhöht* wird. Nur in der ersten Konstellation liegt unseres Erachtens ein Erwerb im Sinne des GAFI-Gesetzes vor, weil «neue», bisher nicht vorhandene Aktien geschaffen werden. Wird die Kapitalerhöhung hingegen auf dem Weg der Nennwerterhöhung durchgeführt, liegt *a priori* kein Erwerbsvorgang vor, da nicht «neue» Aktien ausgegeben werden. Obwohl im ersten Fall ein Erwerb im Sinne des GAFI-Gesetzes vorliegt, sind die Aktionäre A–C nach der hier vertretenen Auffassung nicht verpflichtet, der X AG eine Meldung zu erstatten. Die Beteiligungsverhältnisse bleiben nämlich identisch, bzw. keiner der Aktionäre erreicht oder überschreitet neu den Grenzwert von 25% des Aktienkapitals. Unseres Erachtens müssen Aktionäre die wirtschaftlich berechtigte Person nur einmal, bei der erstmaligen Erreichung resp. Überschreitung des 25%-Grenzwerts, melden. Eine weitergehende Pflicht kann weder dem Gesetz noch der Botschaft entnommen werden. Insbesondere sind keine zusätzlichen Grenzwerte wie z.B. in Art. 120 FinfraG verankert. Da die drei Aktionäre A–C ihre Meldepflicht bereits anlässlich der Gründung erfüllt haben, müssen sie keine Nachmeldung vornehmen.

Variante B

a. Ausgangslage

Gleiche Ausgangslage wie in Variante A. Allerdings haben A–C die Namenaktien *vor* Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes erworben und mussten bisher auch noch nie eine Meldung i.S.v. Art. 697j OR erstatten (sog. *altrechtlicher* Sachverhalt). Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Die Problematik der Variante B liegt darin, dass A–C ihre Anteile an der X AG unter «altrechtlichen» Verhältnissen erworben haben. Mangels einer entsprechenden Pflicht waren die Namenaktionäre – im Gegensatz zu den Inhaberaktionären – nicht verpflichtet, nach Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes am 1. Juli 2015 die wirtschaftlich berechtigte Person nachzumelden (Art. 3 UeB⁵⁴ *e contrario*). Es könnte nun argumentiert werden, dass in solchen «altrechtlichen» Fällen die bisherigen Aktionäre – trotz bereits erfolgter Überschreitung der 25%-Schwelle – einer (nachträglichen) Meldepflicht gemäss Art. 697j OR unterliegen, wenn sie neue Aktien erwerben. Dies ist unseres Erachtens abzulehnen. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, den Namenaktionären eine Nachmeldepflicht aufzuerlegen. Er hat mithin in Kauf genommen, dass bei vielen Gesellschaften die gewünschte

⁵⁴ Übergangsbestimmungen des GAFI-Gesetzes, siehe BBl 2014 9694.

Transparenz während langer Zeit nicht hergestellt wird, da sich die Beteiligungsverhältnisse oftmals während Jahren – teilweise gar während Jahrzehnten – nicht ändern. Aus diesem Grund sind A–C mangels Erreichens oder Überschreitens des fraglichen Grenzwerts nicht verpflichtet, der X AG eine Meldung zu erstatten. Aufgrund des Vorsichtsgebots empfehlen wir, in solchen Verhältnissen dennoch eine Meldung vorzunehmen, da nicht absehbar ist, wie die Gerichte inskünftig die Frage beurteilen werden.

8. Praxisbeispiel 10

Asymmetrische Kapitalerhöhung

Variante A

a. Ausgangslage

A–C halten je 30% und D hält 10% des Aktienkapitals (Namenaktien) der X AG. Die Aktionäre haben die Aktien bei der Gründung der X AG *nach* dem 1. Juli 2015 erworben, und alle vier haben fristgerecht die wirtschaftlich berechnete Person gemeldet (sog. *neurechtlicher* Sachverhalt). Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der X AG vom 1. September 2016 wird beschlossen, das Aktienkapital im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung zu erhöhen. Die Beteiligungsverhältnisse sehen nach der Kapitalerhöhung wie folgt aus: A (neu 35%), B (30%), C (30%) und D (neu 5%). Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

In dieser Konstellation ist – trotz Erwerbs in gemeinsamer Absprache – keiner der vier Aktionäre meldepflichtig, da niemand den Grenzwert von 25% zum ersten Mal erreicht oder überschreitet. Dies gilt auch bezüglich A und D. Der Anteil von A am Aktienkapital erhöht sich zwar um 5%. In Ermangelung weiterer gesetzlich verankerter Schwellenwerte besteht aber keine zusätzliche Meldepflicht. Auch D ist aufgrund bereits erstatteter Meldung anlässlich der Gründung nicht meldepflichtig. Eine Reduktion der Anteile führt zudem in neurechtlichen Verhältnissen *per se* nie zur Begründung einer Meldepflicht gemäss Art. 697j OR.

Variante B

a. Ausgangslage

Grundsätzlich gleiche Ausgangslage wie in Variante A. Allerdings haben die vier Aktionäre die Namenaktien vor dem 1. Juli 2015, also *vor* Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes, erworben und mussten bisher auch nie eine Meldung i.S.v. Art. 697j OR erstatten (sog. *altrechtlicher* Sachverhalt). Die Beteiligungsverhältnisse sehen nach der Kapitalerhöhung (anders als in Variante A) wie folgt aus: A (neu 35%), B (neu 25%), C (neu 25%) und D (neu 15%). Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

In casu ist lediglich D meldepflichtig. Es ist daran zu erinnern, dass für sämtliche Anteilseigner keine Meldepflicht besteht, sofern sie bei Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes am 1. Juli 2015 bereits mit mindestens 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen an einer AG oder GmbH beteiligt gewesen sind. Allerdings empfehlen wir, vorsichtshalber dennoch eine Meldung zu erstatten. Davon ausgenommen sind freilich jene Aktionäre, die unter altrechtlichen Verhältnissen keine qualifizierte Beteiligung an der betreffenden Gesellschaft gehalten haben, indes nach dem 1. Juli 2015 alleine oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten den Schwellenwert überschreiten.

Tabellarische Übersicht betreffend Kapitalerhöhungen

Unten stehende Tabelle zeigt auf, ob Anteilseigner, die nach dem 1. Juli 2015 zufolge einer Kapitalerhöhung neue Anteile erwerben, gemäss Art. 697j OR meldepflichtig sind. Dabei wird differenziert, ob es sich um einen «altrechtlichen» oder «neurechtlichen» Sachverhalt handelt und ob die Anteilseigner vor der Kapitalerhöhung bereits eine qualifizierte Beteiligung gehalten haben (in der Tabelle entweder mit «≥ 25%» oder mit «< 25%» vermerkt).

| | Altrechtliche Verhältnisse | Neurechtliche Verhältnisse | |
|-------------------------------|---|--|--|
| Symmetrische Kapitalerhöhung | ≥ 25% | ≥ 25% | |
| | < 25% nur sofern der Schwellenwert von 25% gemeinsam mit Dritten erreicht oder überschritten wird | < 25% Variante 1: vor Kapitalerhöhung keine Meldung gemäss Art. 697j OR erfolgt | < 25% Variante 2: Meldung gemäss Art. 697j OR infolge gemeinsamen Erwerbs mit Dritten vor Kapitalerhöhung bereits erfolgt |
| Asymmetrische Kapitalerhöhung | ≥ 25% | ≥ 25% | |
| | < 25% Meldepflicht kann entweder alleine (i) oder durch Erwerb gemeinsam mit Dritten (ii) ausgelöst werden, sofern der Schwellenwert von 25% erreicht oder überschritten wird. | < 25% Variante 1: vor Kapitalerhöhung keine Meldung gemäss Art. 697j OR erfolgt | < 25% Variante 2: Meldung nach Art. 697j OR infolge gemeinsamen Erwerbs mit Dritten vor Kapitalerhöhung bereits erfolgt |

Legende:

| | |
|-------------------------------|---|
| altrechtliche Verhältnisse | Der erstmalige oder letzte Erwerb der Namenaktien erfolgte vor Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes, und seither wurden keine zusätzlichen meldebegründenden Anteile erworben. |
| neurechtliche Verhältnisse | Der erstmalige oder letzte Erwerb der Namenaktien erfolgte nach Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes. |
| symmetrische Kapitalerhöhung | Im Rahmen der Kapitalerhöhung bleiben die Beteiligungsverhältnisse identisch. |
| asymmetrische Kapitalerhöhung | Im Rahmen der Kapitalerhöhung verändern sich die Beteiligungsverhältnisse. |
| | keine Meldepflicht gemäss Art. 697j OR zufolge Kapitalerhöhung |
| | Meldepflicht gemäss Art. 697j OR zufolge Kapitalerhöhung |

9. Praxisbeispiel 11

Asymmetrische Kapitalherabsetzung

a. Ausgangslage

Die X AG weist ein Aktienkapital von CHF 1 000 000.– auf. Dieses besteht aus 800 Inhaberaktien à nominal CHF 1000.– und 200 Namenaktien à nominal CHF 1000.–. Die Beteiligungsverhältnisse an der X AG gestalten sich wie folgt: A–D (je 20% jeweils entsprechend 200 Inhaberaktien) und E (20% entsprechend 200 Namenaktien). Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der X AG vom 1. September 2016 wird beschlossen, den Nennwert der Inhaberaktien von CHF 1000.– auf CHF 250.– zu senken und den Aktionären A–D die Einlage von jeweils CHF 750.– pro Aktie zurückzuzahlen. Das Inhaberaktienkapital beträgt neu nunmehr total CHF 200 000.–. Das Namenaktienkapital wird demgegenüber nicht herabgesetzt (sog. *asymmetrische* Kapitalherabsetzung). Das gesamte Aktienkapital beträgt nach der Kapitalherabsetzung noch CHF 400 000.–, und die Beteiligungsverhältnisse an der X AG sehen wie folgt aus: A–D (neu je 12%) und E (neu 50%). Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung liegt ein Erwerb im Sinne des GAFI-Gesetzes vor, wenn ein Anteilseigner durch passives Verhalten infolge einer asymmetrischen Kapitalherabsetzung den Grenzwert von 25% des Aktienkapitals erreicht oder überschreitet.⁵⁵ Obwohl lediglich ein «indirekter» Erwerb stattfindet, ist aufgrund der *ratio legis* davon auszugehen, dass auch diese Konstellation von Art. 697j OR erfasst sein sollte. Dafür spricht auch der Umstand, dass im Börsenrecht (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a FinfraV-FINMA) genau dieser Sachverhalt eine Meldepflicht auslöst. Folglich ist E meldepflichtig.

III. Wann liegt ein «Erwerb in gemeinsamer Absprache» gemäss Art. 697j OR vor?

1. Praxisbeispiel 12

Gründung einer Aktiengesellschaft

a. Ausgangslage

Die A AG, B AG, C AG und D AG gründen gemeinsam die X AG. Die Beteiligungsverhältnisse an der X AG gestalten sich wie folgt: A AG (50%), B AG (10%), C AG (20%) und D AG (20%). An der A AG ist A, an der B AG ist B, an der C AG ist C und an der D AG ist D wirtschaftlich berechtigt. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb in gemeinsamer Absprache gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

aa. Einleitung

Bislang ungeklärt ist die Frage, was genau unter Erwerb «*in gemeinsamer Absprache mit Dritten*» zu verstehen ist. Weder das Gesetz noch die Materialien definieren diesen wichtigen Begriff des GAFI-Gesetzes. Auch die Lehre hat sich bislang nur oberflächlich mit dieser Frage auseinandergesetzt. Im Wesentlichen sind zwei Problemkreise auszumachen: Zwischen welchen Personen muss sich die Absprache ereignen (unten Kapitel b.bb)? Wie und wann hat diese Absprache stattzufinden (unten Kapitel b.cc.)?

⁵⁵ Zustimmend SPOERLÉ (Fn. 31) N. 879; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 24; OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697j N. 4; a.M. GLANZMANN (Fn. 36) 8.

In der Lehre ist einzig unbestritten, dass sich mindestens zwei Personen in Bezug auf den *Erwerb* von Anteilen absprechen müssen.⁵⁶ Dies im Gegensatz zum Börsenrecht, wo die gemeinsame Absprache von mindestens zwei Personen gemäss Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA auch auf den Kontrollerwerb gerichtet sein kann.

bb. Subjekte der gemeinsamen Absprache

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob die Absprache zwingend auf Stufe der formellen Aktionäre⁵⁷ (hier A AG, B AG, C AG und D AG) erfolgen muss oder ob diese im Rahmen von Art. 697j OR – wie im Börsenrecht – (auch) unter den wirtschaftlich berechtigten Personen (hier A, B, C und D) stattfinden kann⁵⁸. Unserer Auffassung nach muss die Absprache zwingend unter den *formellen Anteilseignern* stattfinden. Absprachen unter den wirtschaftlich berechtigten Personen sind aus Sicht von Art. 697j OR unbeachtlich. Dafür spricht zum einen die grammatikalische Auslegung von Art. 697j OR («*Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien [...] erwirbt*»). Bereits der Wortlaut impliziert, dass die Absprache unter den Anteilseignern stattfinden muss. Zum anderen knüpft die Meldepflicht nach Art. 697j OR – entgegen der Regelung im Börsenrecht – beim formellen Aktionär und nicht bei der wirtschaftlich berechtigten Person an.⁵⁹ Es wäre daher nicht stringent, wenn zwar der formelle Anteilseigner meldepflichtig wäre, die Absprache aber unter den verschiedenen wirtschaftlich berechtigten Personen stattfinden könnte. Die formellen Anteilseigner hätten i.d.R. wohl gar keine Kenntnis von solchen Absprachen. Diesem zusätzlichen Kriterium würde somit häufig nicht zum Durchbruch verholfen, was kaum die Intention des Gesetzgebers gewesen sein dürfte.

cc. Art und Weise der Absprache

Betreffend die Art und Weise der Absprache können zurzeit zwei Meinungen in der Lehre ausgemacht werden. Die Mehrzahl der Autoren will auf das börsenrechtliche Begriffsverständnis abstellen.⁶⁰ Vorausgesetzt ist demnach eine bewusste Verhaltensabstimmung von einer gewissen Intensität. Diese Absprache kann ausdrücklich (z.B. in einem schriftlichen Vertrag) oder konkludent erfolgen.⁶¹ Wie bereits ausgeführt, muss sich die Verhaltensabstimmung auf den gemeinsamen Erwerb beziehen. Aus diesem Grund fallen gemäss den Befürwortern dieser Lehrmeinung die meisten Aktionärbindungsverträge nicht darunter, da darin keine Absprache bezüglich des Erwerbs, sondern der Kontrolle erfolgt.⁶² Eine gemeinsame Absprache i.S.v. Art. 697j OR erblickt die h.L. indes beim Abschluss von *Investment Agreements*.⁶³

MARKUS VISCHER vertritt demgegenüber die Auffassung, dass ein Erwerb in gemeinsamer Absprache einzig dann vorliege, wenn mittels des *gleichen Rechtsgeschäfts* Anteile erworben werden. Keine Rolle spielen die von den Aktionären verfolgten Absichten und das Schicksal der Aktien nach Vertragsschluss (z.B. sofortige Weiterveräusserung).⁶⁴ Zeitlich gestaffelt abgeschlossene

56 Statt vieler GLANZMANN (Fn. 36) 9.

57 Befürwortend VISCHER (Fn. 10) Kapitel IV.3.C.; GNOS/HOHLER (Fn. 11) 23; wohl gl.M. CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 21; OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697j N. 5a.

58 Befürwortend BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 25.

59 KUNZ (Fn. 11) N. 32.

60 CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 21 ff.; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 26 ff.; GLANZMANN (Fn. 36) 9 f.

61 BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 27.

62 GERICKE/KUHN (Fn. 15) 858; SPOERLÉ (Fn. 31) N. 895; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 29.

63 Statt vieler BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 29.

64 Zum Ganzen VISCHER (Fn. 10) Kapitel IV.3.C.; gl.M. GNOS/HOHLER (Fn. 11) 23; PETER/EREZ (Fn. 15) 24.

Rechtsgeschäfte können nach MARKUS VISCHER nur nach Massgabe von Art. 2 Abs. 2 ZGB als gleiches Rechtsgeschäft qualifiziert werden.

Der von MARKUS VISCHER vertretenen Meinung ist aus drei Gründen der Vorzug zu geben. Erstens ist dieser Ansatz im Gegensatz zu der von der Mehrheitsmeinung vertretenen Ansicht praktikabel, da einfach und nachvollziehbar überprüft werden kann, ob ein Erwerb in gemeinsamer Absprache vorliegt. Zweitens gewährleistet dieser Ansatz Rechtssicherheit; komplizierte Auslegungsfragen und Einzelfallbeurteilungen entfallen beinahe gänzlich. Diesem Umstand kommt im Zusammenhang mit dem GAFI-Gesetz herausragende Bedeutung zu, da etliche Fragen bis zur höchstrichterlichen Klärung offen sein werden. Drittens ist dieser Ansatz durch die *ratio legis* von Art. 697j OR gedeckt, wonach die Transparenz bei juristischen Personen erhöht werden soll.⁶⁵ In diversen Konstellationen⁶⁶ entfiel schliesslich die Meldepflicht nach der h.L., weil die Absprache nicht die geforderte Intensität erreicht. Dies lässt sich unseres Erachtens nicht mit der gesetzgeberischen Absicht vereinbaren.

Die Tatbestandsvariante des Erwerbs in gemeinsamer Absprache ist folglich erfüllt, wenn mittels des gleichen Rechtsgeschäfts Anteile erworben werden. Folgt man hingegen der Mehrheitsmeinung, wird das Ziel des Gesetzgebers, möglichst viele Lebenssachverhalte im Rahmen von Art. 697j OR zu erfassen, i.d.R. vereitelt. Dem stimmen die Vertreter der Mehrheitsmeinung insofern zu, als sie zugeben, dass in der Praxis nur wenige Fälle erfasst werden. Laut LUKAS GLANZMANN sei wohl einzig der Fall erfasst, wo eine verdeckt handelnde wirtschaftlich berechtigte Person über verschiedene formelle Aktionäre (sog. *nominee shareholders*) eine meldepflichtige Beteiligung aufbaut, ohne dass jeder der einzelnen formellen Anteilseigner eine qualifizierte Beteiligung erreicht. Ein Erwerb in gemeinsamer Absprache liege jedoch erst dann vor, wenn zusätzlich die formellen Anteilseigner vom gemeinsamen Erwerb Kenntnis haben.⁶⁷ Eine solche Auslegung des Terminus «Erwerb in gemeinsamer Absprache» kann – wie gesagt – kaum die Intention des Gesetzgebers gewesen sein, da viele Lebenssachverhalte – entgegen der Ansicht von MARKUS VISCHER – nicht erfasst würden. PHILIP SPOERLÉ schliesst sich im Ergebnis zumindest indirekt der Meinung von MARKUS VISCHER an, indem er davon ausgeht, dass der Tatbestand des gemeinsamen Erwerbs auch dann erfüllt sei, wenn mehrere (formelle) Anteilseigner im Rahmen der gleichen Transaktion – also des gleichen Rechtsgeschäfts – Anteile an einer Gesellschaft erwerben und dadurch den Grenzwert von 25% erreichen oder überschreiten.

dd. Ergebnis

Ein Erwerb in gemeinsamer Absprache liegt unseres Erachtens dann vor, wenn mittels des gleichen Rechtsgeschäfts (Aktienkaufvertrag, Gründung, Kapitalerhöhung usw.) Anteile erworben werden. Im Lichte dieser Ausführungen werden *in casu* die Aktien in gemeinsamer Absprache erworben. Demnach sind A–D meldepflichtig.

65 Einlässig VISCHER/GALLI (Fn. 15) 484 ff.

66 Zum Beispiel bei Abschluss eines Aktienkaufvertrags durch mehrere Käufer, die aber lediglich durch einen regulären Aktionärsbindungsvertrag verbunden sind.

67 GLANZMANN (Fn. 36) 9.

2. Praxisbeispiel 13

Aktienkaufvertrag

a. Ausgangslage

Die X AG wird von A (10%), B (5%), C (5%) und D (80%) gehalten. D verkauft in der Folge A–C 20% seiner Beteiligung an der X AG. Die Beteiligungsverhältnisse an der X AG gestalten sich nach Vollzug des Aktienkaufvertrags wie folgt: A (neu 20%), B (neu 10%), C (neu 10%) und D (neu 60%). Liegt ein meldepflichtiger Erwerb in gemeinsamer Absprache gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Die Aktionäre A–C erwerben mittels des gleichen Rechtsgeschäfts 20% des Aktienkapitals der X AG. Unserer Ansicht nach stellt dies grundsätzlich einen meldepflichtigen Lebenssachverhalt dar. Fraglich ist indessen, ob der Schwellenwert von 25% erreicht bzw. überschritten wird, da *in casu* lediglich 20% des Aktienkapitals erworben wurden. Der Grenzwert von 25% kann nach einhelliger Auffassung auf einmal oder schrittweise erreicht oder überschritten werden. Deswegen werden die neu erworbenen Anteile jenen Anteilen zugerechnet, welche die erwerbende Person bereits hält.⁶⁸ Überträgt man diesen Grundsatz auf die Konstellation des Erwerbs in gemeinsamer Absprache, hat dies zur Folge, dass jedem Erwerber zusätzlich zu den bereits von ihm gehaltenen Anteilen (sofern vorhanden) die bereits (falls vorhanden) von seinen Miterwerbern gehaltenen Anteile (i) sowie die im Rahmen des Erwerbs in gemeinsamer Absprache erworbenen Anteile (ii) hinzugerechnet werden. Vorliegend wird der Schwellenwert von 25% überschritten. C hält bereits 5% an der X AG. Zusätzlich werden ihm die bestehenden Beteiligungen von A und B (15%) zugerechnet, was ein Zwischentotal von 20% ergibt. Zusätzlich erwerben A–C gemeinsam nochmals 20%, was somit ein Gesamttotal von 40% ergibt.⁶⁹ Demnach sind A–C gemäss Art. 697j OR meldepflichtig.

IV. Wer ist die «wirtschaftlich berechtigte Person» gemäss Art. 697j OR?

1. Praxisbeispiel 14

Direkte Beteiligungsstruktur

a. Ausgangslage

A erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Wen muss A als wirtschaftlich berechtigte Person melden?

b. Stellungnahme

Vorliegend handelt es sich um eine sog. *direkte* Beteiligungsstruktur, da eine natürliche Person (hier A) meldepflichtige Anteile erwirbt. In solchen Konstellationen kann von der *Annahme* ausgegangen werden, dass der Erwerber im Regelfall zugleich auch die wirtschaftlich berechtigte Person ist.⁷⁰ Mit anderen Worten wird die natürliche Person in Ermangelung besonderer Umstände (z.B. ein fiduziarisches Rechtsverhältnis oder eine Nutzniessung) sich selbst als wirtschaftlich berechtigte Person melden müssen. *In casu* muss A der X AG sich selbst als wirtschaftlich berechtigte Person melden.

68 BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 7.

69 Auch A und B erwerben – wie C – insgesamt 40% in gemeinsamer Absprache.

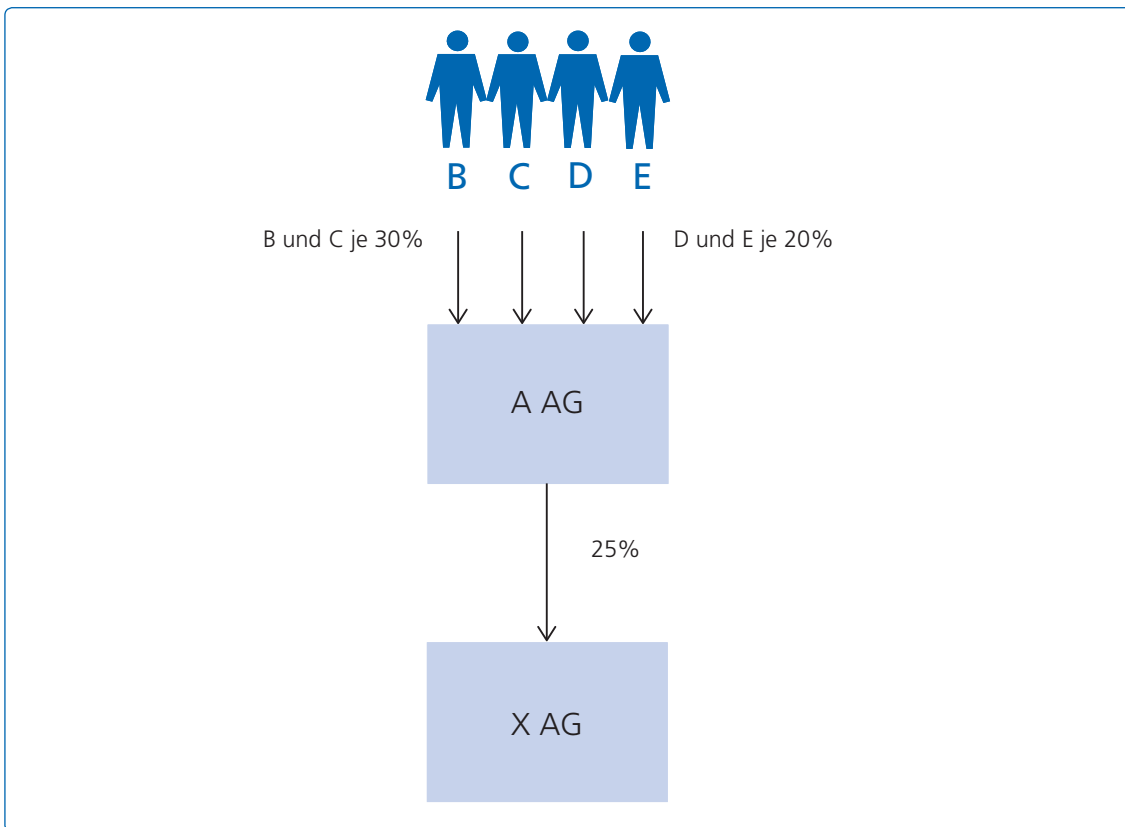
70 MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, in: Newsletter TREUHAND kompakt Nr. 06/2016, <<http://www.walderwyss.com/publications/1833.pdf>> (besucht am 13.3.2017), 8.

2. Praxisbeispiel 15

Indirekte Beteiligungsstruktur (einstufiges Beteiligungsverhältnis)

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird von B und C (je 30%) sowie von D und E (je 20%) gehalten. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?



b. Stellungnahme

Im Gegensatz zum vorherigen Beispiel erwirbt *in casu* eine juristische Person, nämlich die A AG, die meldepflichtigen Anteile. Bei dieser Konstellation liegt ein sog. *indirektes* Beteiligungsverhältnis vor. Bei wortgetreuer Anwendung von Art. 697j OR hat dies in solchen *Gruppenstrukturen resp. Kettenverhältnissen* zur Folge, dass über mehrere Stufen unter Umständen enorm viele natürliche Personen gemeldet werden müssen, die häufig keine wirkliche Kontrolle besitzen.⁷¹

Indirekte Beteiligungsverhältnisse sind vor dem Hintergrund von Art. 697j OR jedoch nur *prima vista* problematisch. Nach hier vertretener Auffassung besitzt der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR nämlich die identische Bedeutung wie in Art. 2a Abs. 3 GwG. Danach gelten nur jene natürlichen Personen an einer (operativ tätigen) juristischen Person als wirtschaftlich berechtigt, welche mit mindestens 25% des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind. Zu diesem Schluss gelangt man ohne Weiteres nach historischer und teleologischer Auslegung von Art. 697j OR.⁷²

⁷¹ Einlässlich VISCHER/GALLI (Fn. 70) 8.

⁷² Für eine detaillierte Auslegung von Art. 697j OR siehe VISCHER/GALLI (Fn. 15) 482 ff.

In indirekten Beteiligungsverhältnissen sind unseres Erachtens daher – in Übereinstimmung mit Art. 2a Abs. 3 GwG – lediglich jene Personen als wirtschaftlich berechtigt zu melden, welche auch über die verschiedenen Beteiligungsstufen betrachtet tatsächlich eine kontrollierende Stellung auf den Erwerber des Aktienpakets (hier A AG) innehaben. Diese den Erwerber tatsächlich beherrschenden Personen sind mittels unseres *dreistufigen Kaskadenprüfschemas* herauszufiltern (siehe dazu sogleich unten).⁷³ Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass wir unter «*Beteiligungsstufe*» jede zwischengeschaltete Gesellschaft (ausgehend vom Erwerber des Aktienpakets als erste Stufe) verstehen, wobei wir die jeweils relevante letzte Beteiligungsstufe, d.h. jene Stufe, an welcher natürliche Personen beteiligt sind und als wirtschaftlich Berechtigte gemeldet werden können, nicht mitzählen.

Dreistufiges Kaskadenprüfschema

1. Formeller Test (Prüfschritt 1)

1.1 Einstufige Beteiligungsverhältnisse

Gibt es natürliche Personen, die allein mit mindestens 25% des Kapitals oder der Stimmen am Erwerber des Aktienpakets beteiligt sind (sog. *De-minimis*-Regel)? Falls ja, sind diese Personen zu melden und die Prüfung ist abgeschlossen. Falls nein, weiter zu Prüfschritt 2.

1.2 Ab zweistufigen Beteiligungsverhältnissen

Gibt es natürliche Personen, die bei Anwendung des sog. *Multiplikationstests*⁷⁴ tatsächlich eine Kontrolle auf den Erwerber des Aktienpakets ausüben? Falls ja, sind diese Personen zu melden und die Prüfung ist abgeschlossen. Falls nein, weiter zu Prüfschritt 2.

Sollten juristische Personen an einer zwischengeschalteten Gesellschaft mit mindestens 25% beteiligt sein (sog. *De-minimis*-Regel), sind auch die an ihnen wirtschaftlich berechtigten Personen mittels des Multiplikationstests festzustellen.

Sind am Erwerber des Aktienpakets, d.h. auf der ersten Beteiligungsstufe, auch natürliche Personen beteiligt, sind diese als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden, sofern sie an diesem eine Beteiligung von mindestens 25% (sog. *De-minimis*-Regel) besitzen.

2. Materieller Test (Prüfschritt 2)

Gibt es natürliche Personen, die auf andere erkennbare Weise *faktisch* (z.B. mittels Aktionärbindungs-, Stimmbindungs- oder Darlehensverträgen) eine zwischengeschaltete Gesellschaft kontrollieren? Falls ja, sind diese Personen zu melden und die Prüfung ist abgeschlossen. Falls nein, weiter zu Prüfschritt 3.

3. Default-Lösung (Prüfschritt 3)

Falls keine natürlichen Personen im Sinne der vorstehenden Ziffern 1 und 2 festgestellt werden können, ist *ersatzweise* die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs des *Targets*⁷⁵ festzustellen und als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden. Dies ist in der Regel der CEO oder – wo kein solcher vorhanden ist – der Verwaltungsratspräsident.

⁷³ VISCHER/GALLI (Fn. 15) 488 f.; so bereits VISCHER/GALLI (Fn. 70) 9.

⁷⁴ Der *Multiplikationstest* stellt im Wesentlichen eine Weiterentwicklung der *De-minimis*-Regel dar. Dabei werden die verschiedenen Beteiligungen miteinander multipliziert, um herauszufinden, ob die am Ende der Kontrollkette stehenden Personen tatsächlich noch eine beherrschende Stellung auf den Erwerber des Aktienpakets innehaben (siehe dazu sogleich unten die Praxisbeispiele 16 bis 18).

⁷⁵ A.M. FACINCANI/SUTTER (Fn. 15) 218 Fn. 30.

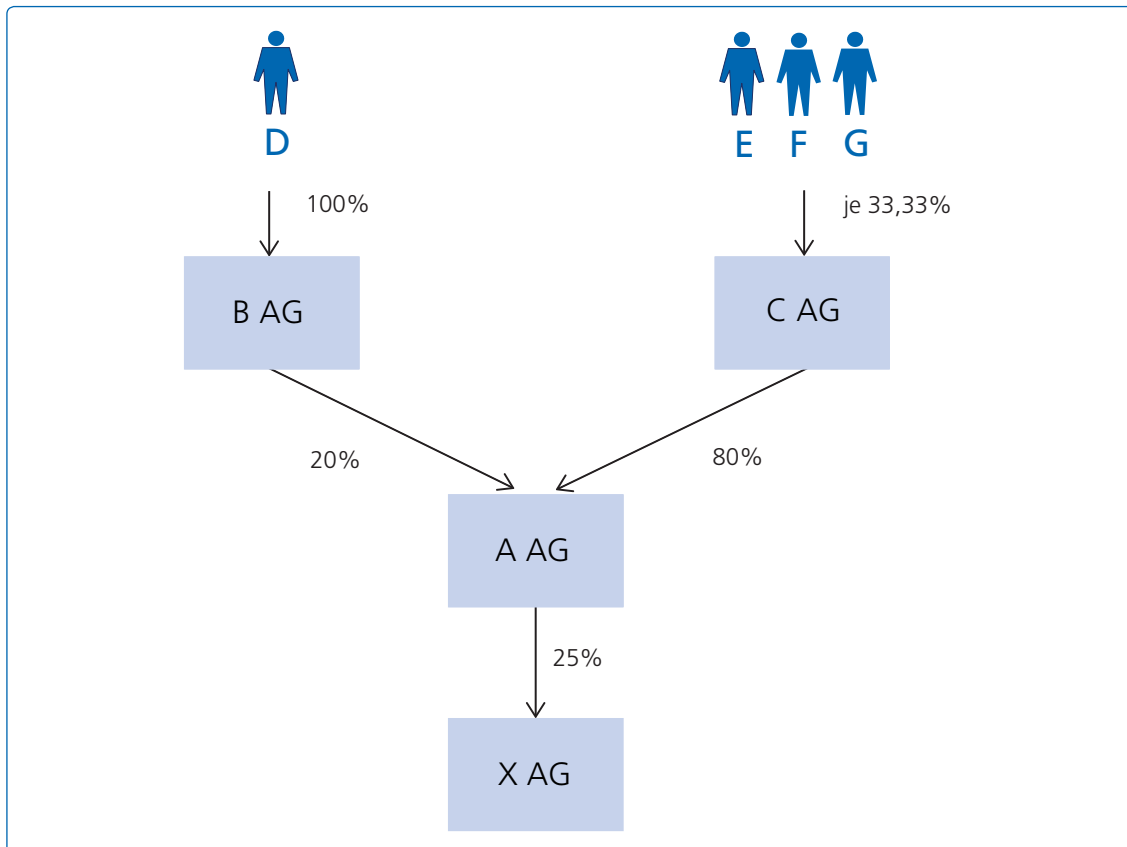
Wendet man dieses Prüfschema auf das Praxisbeispiel 15 an, gelangt man zum Schluss, dass die A AG in Anwendung der *De-minimis*-Regel B und C als wirtschaftlich berechtigte Personen melden muss, da beide über eine qualifizierte Beteiligung von 30% verfügen. Bei wortgetreuer Anwendung von Art. 697j OR müsste die A AG hingegen sämtliche natürlichen Personen, d.h. B–E, als wirtschaftlich berechtigte Personen melden.

3. Praxisbeispiel 16

Indirekte Beteiligungsstruktur (zweistufiges Beteiligungsverhältnis)

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird von der B AG (20%) und der C AG (80%) gehalten. Alleinaktionär der B AG ist D. Das Aktionariat der C AG setzt sich demgegenüber aus E, F und G zusammen (je 33,33%). Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?



b. Stellungnahme

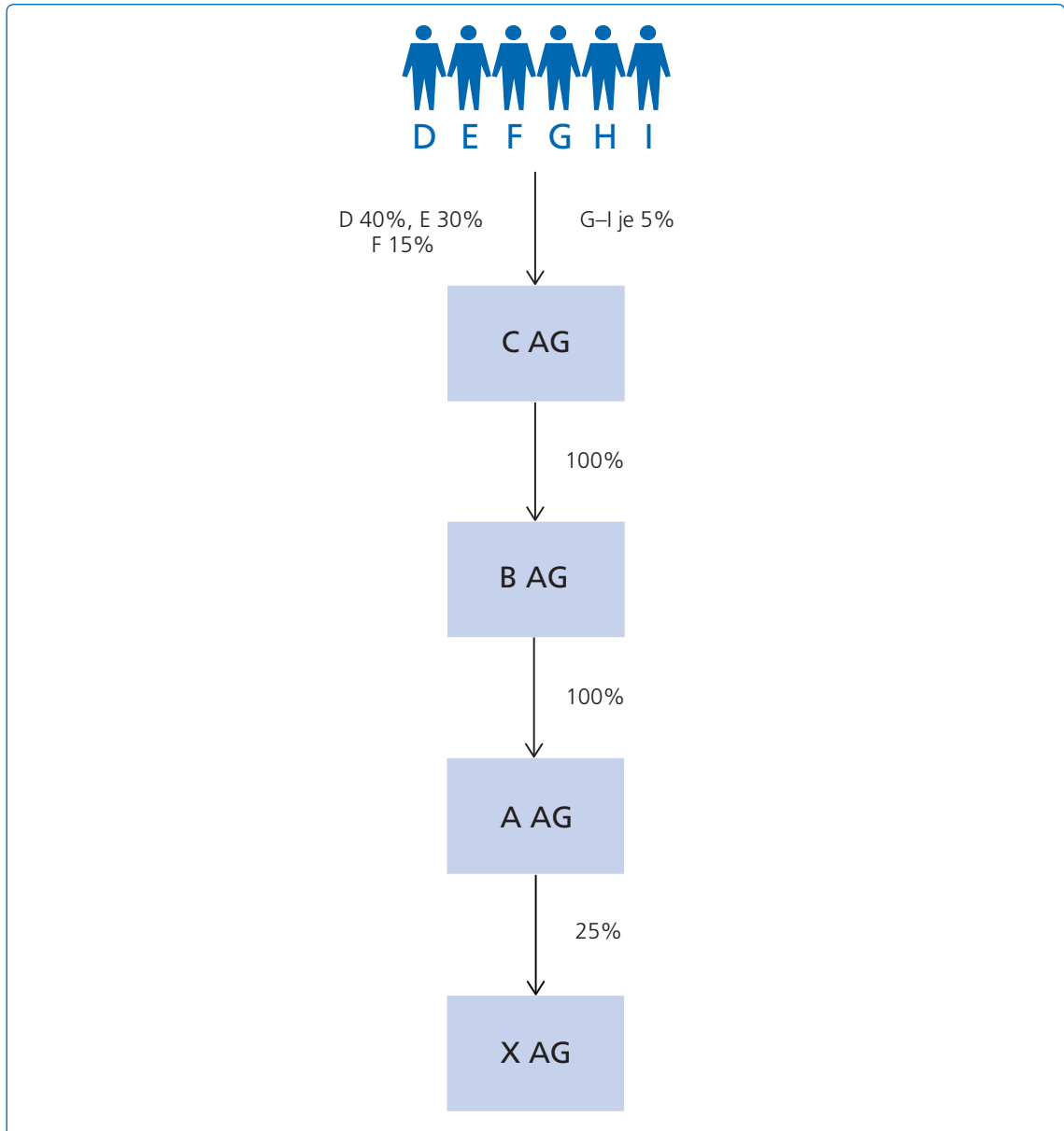
Die A AG muss bei wortgetreuer Anwendung von Art. 697j OR D–G als wirtschaftlich berechtigte Personen melden. Wendet man hingegen den oben skizzierten Multiplikationstest an, sind in diesem zweistufigen Beteiligungsverhältnis E, F und G als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden ($33,33\% \times 80\% = 26,66\% > 25\%$).

4. Praxisbeispiel 17

Indirekte Beteiligungsstruktur (dreistufiges Beteiligungsverhältnis)

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird von der B AG gehalten (100%). Die B AG ist ihrerseits eine 100%ige Tochtergesellschaft der C AG. Das Aktionariat der C AG besteht aus D (40%), E (30%), F (15%) und G-I (je 5%). G-I haben zudem einen Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechnete Person melden?



b. Stellungnahme

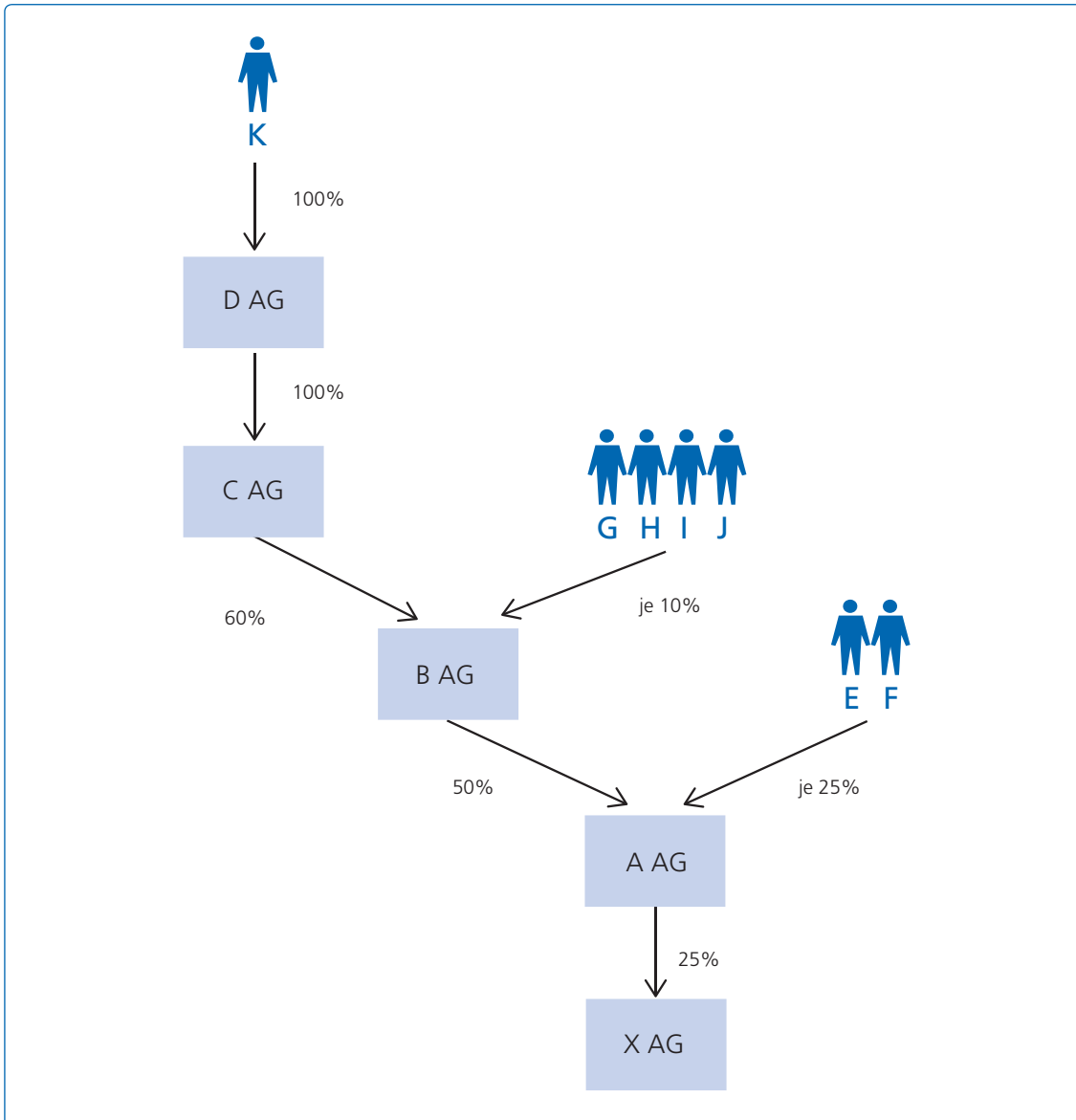
Gemäss Wortlaut von Art. 697j OR sind sämtliche natürlichen Personen, d.h. D–I, als wirtschaftlich berechnete Personen zu melden. Nach unserem Prüfschema sind hingegen nur D und E, welche beide gemäss Multiplikationstest über eine konsolidierte Beteiligung von über 25% ($40\% \times 100\% \times 100\% = 40\% > 25\%$ resp. $30\% \times 100\% \times 100\% = 30\% > 25\%$) an der A AG (mehrstufiges Beteiligungsverhältnis) verfügen, als wirtschaftlich berechnete Personen zu melden.

5. Praxisbeispiel 18

Indirekte Beteiligungsstruktur (vierstufiges Beteiligungsverhältnis)

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird von der B AG (50%) sowie von E und F (je 25%) gehalten. Das Aktionariat der B AG besteht aus der C AG (60%) und G–J (4 Personen, welche je 10% halten und einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen haben). Einzige Aktionärin der C AG ist die D AG, welche ihrerseits zu 100% von K gehalten wird. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechnete Person melden?



b. Stellungnahme

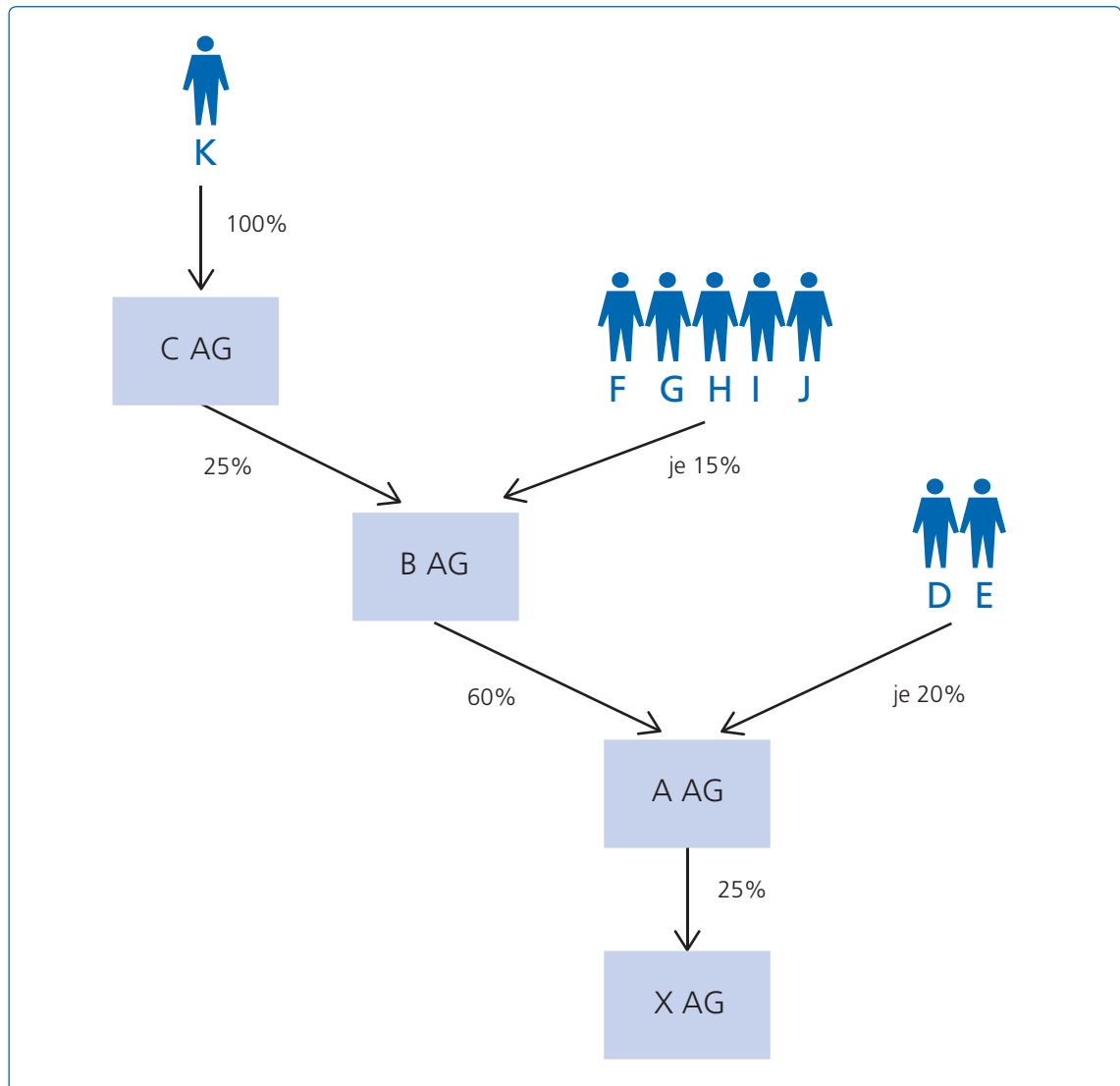
Gemäss Art. 697j OR sind sämtliche natürlichen Personen, d.h. E–K, als wirtschaftlich berechnete Personen zu melden. Nach unserem Prüfschema sind indes nur E und F aufgrund ihrer 25%-Beteiligung (einstufiges Beteiligungsverhältnis) sowie K, welcher gemäss Multiplikationstest über eine konsolidierte Beteiligung von über 25% ($100\% \times 100\% \times 60\% \times 50\% = 30\% > 25\%$) an der A AG (mehrstufiges Beteiligungsverhältnis) verfügt, als wirtschaftlich berechnete Personen zu melden.

6. Praxisbeispiel 19

Indirekte Beteiligungsstruktur (materieller Test)

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird von der B AG (60%) sowie von D und E (je 20%) gehalten. Das Aktionariat der B AG besteht aus der C AG (25%) und F–J (5 Personen, welche je 15% halten und einen Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen haben). Einziger Aktionär der C AG ist K. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?



b. Stellungnahme

Aus formeller Sicht gibt es in diesem Praxisbeispiel 19 keine wirtschaftlich berechtigte Person. D und E (einstufiges Beteiligungsverhältnis) besitzen keine qualifizierte Beteiligung von 25% an der A AG. Auch die Aktionäre F–J besitzen für sich allein betrachtet keine konsolidierte Beteiligung von mindestens 25% an der A AG ($15\% \times 60\% = 9\% < 25\%$). Gleiches gilt für K ($100\% \times 25\% \times 60\% = 15\% < 25\%$). Daher sind in der Variante F–J, die das *Target* faktisch – durch Abschluss des Aktionärbindungsvertrags – kontrollieren, als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden.

7. Praxisbeispiel 20

Indirekte Beteiligungsstruktur (Default-Lösung)

a. Ausgangslage

Das Praxisbeispiel 20 stellt grundsätzlich eine Variante des Praxisbeispiels 19 dar. Einziger Unterschied ist, dass die Aktionäre F–J keinen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen haben. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?

b. Stellungnahme

Sowohl aus formeller (Prüfschritt 1) als auch aus materieller (Prüfschritt 2) Sicht existiert *in casu* keine wirtschaftlich berechtigte Person. Aus diesem Grund ist ersatzweise der CEO des *Targets* (hier X AG) als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden.⁷⁶

8. Praxisbeispiel 21

Erwerb durch eine Genossenschaft, eine Stiftung oder einen Verein

a. Ausgangslage

Die A Genossenschaft, die B Stiftung und der C Verein erwerben je 33,33% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Wen müssen die A Genossenschaft, die B Stiftung und der C Verein als wirtschaftlich berechtigte Person melden?

b. Stellungnahme

Wenn es sich beim meldepflichtigen Erwerber um eine Genossenschaft, eine Stiftung⁷⁷ oder einen Verein handelt, fehlt es an einer wirtschaftlich berechtigten Person im Sinne des GAFI-Gesetzes.⁷⁸ Daher ist umstritten, ob überhaupt eine Meldepflicht gemäss Art. 697j OR besteht. Nach der einen in der Lehre vertretenen Ansicht könne auf eine Meldung gänzlich verzichtet werden.⁷⁹ Dies erscheint uns aber im Hinblick auf die harschen Sanktionen von Art. 697m OR als problematisch.⁸⁰ Nach einer zweiten Lehrmeinung sei der Erwerber selbst (hier A Genossenschaft, B Stiftung resp. C Verein) als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden.⁸¹ Dieser Lösungsvorschlag widerspricht unseres Erachtens der Konzeption des GAFI-Gesetzes. Eine dritte Lehrmeinung sowie die Botschaft verlangen, dass der Gesellschaft in solchen Fällen eine *Negativmeldung* gemäss Art. 697j OR erstattet wird.⁸² Eine solche Pflicht kann dem OR jedoch nicht entnommen werden.⁸³ Wir empfehlen daher, analog zu Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2a Abs. 3 GwG das oberste Mitglied des leitenden Organs der Gesellschaft zu melden, deren Aktien (hier X AG) erworben wurden (sog. *Default-Lösung*, siehe dazu auch oben Praxisbeispiel 20).⁸⁴ Das ist in der Regel der CEO oder, wo kein solcher vorhanden ist, der Präsident des Verwaltungsrats.

76 Zur Kontroverse, ob ersatzweise der CEO des *Targets* oder des Erwerbers der meldepflichtigen Anteile gemeldet werden muss, siehe VISCHER/GALLI (Fn. 15) 488 oder BETTSCHART/FISCHER (Fn. 15) 116 f.

77 Zur Revision des Stiftungsrechts im Rahmen des GAFI-Gesetzes siehe z.B. HANS MICHAEL RIEMER, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, in: SZW 1/2016, 70 ff.

78 Botschaft GAFI (Fn. 47) 659 und 666; CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697j N. 34.

79 GERICKE/KUHN (Fn. 15) 856 Fn. 60; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 52; wohl auch GLANZMANN (Fn. 36) 14.

80 Gl.M. BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 52.

81 FACINCANI/SUTTER (Fn. 15) 218.

82 Botschaft GAFI (Fn. 46) 659; SPOERLÉ (Fn. 31) N. 930; THÉVOZ (Fn. 15) 575; OFK Aktienrecht-DEKKER (Fn. 15) Art. 697j N. 5.

83 Gl.M. GERICKE/KUHN (Fn. 15) 856 Fn. 60.

84 Gl.M. GNOS/HOHLER (Fn. 11) 24; VISCHER (Fn. 10) Kapitel IV.3.E.

9. Praxisbeispiel 22

Erwerb durch ein staatlich beherrschtes Unternehmen

a. Ausgangslage

Die A AG mit Sitz in der Schweiz (Variante: mit Sitz in Deutschland) wird mehrheitlich durch die Schweizerische Eidgenossenschaft (Variante: durch die Bundesrepublik Deutschland) gehalten. Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG mit Sitz in der Schweiz. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechnete Person melden?

b. Stellungnahme

Ist eine Behörde Vertragspartei eines DUFI (sog. direkt unterstellter Finanzintermediär), kann der DUFI auf die Feststellung des Kontrollinhabers⁸⁵ verzichten (Art. 58 lit. b GwV-FINMA⁸⁶). Unseres Erachtens muss dies im Rahmen von Art. 697j OR *per analogiam* auch für staatlich beherrschte Unternehmen mit Sitz im In- und Ausland gelten, welche meldepflichtige Anteile erwerben. Mit anderen Worten fehlt es diesfalls an einer wirtschaftlich berechtigten Person, und es besteht daher *a priori* keine Meldepflicht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Erwerber des Aktienpakets durch die Schweizerische Eidgenossenschaft oder einen ausländischen Staat gehalten wird. In solchen Konstellationen ist – wie bei den von Genossenschaften oder Stiftungen kontrollierten Aktienpaketen zu oder über den Schwellenwerten – ersatzweise der CEO (oder Verwaltungsratspräsident) des *Targets* als wirtschaftlich berechnete Person zu melden.

V. Löst der Wechsel der wirtschaftlich berechtigten Person eine Meldepflicht gemäss Art. 697j OR aus?

1. Praxisbeispiel 23

Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. In der Folge meldet die A AG frist- und formgerecht die an ihr wirtschaftlich berechtigten Personen B (40%) und C (60%). Ein Jahr nach der GAFI-Meldung veräussert B seine Beteiligung an der A AG an seine zwei Kinder D und E (je 20%). Muss die A AG diese Änderung melden?

b. Stellungnahme

Art. 697j Abs. 2 OR sieht lediglich eine Korrekturmeldpflicht bei Änderungen des Vor- oder Nachnamens sowie der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person vor. Es ist daher umstritten, ob auch eine Korrekturmeldpflicht in Bezug auf die Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person besteht. Unseres Erachtens ist eine solche Meldepflicht mangels ausdrücklicher Verankerung im Gesetz zu verneinen (vgl. aber betreffend die börsenrechtliche Meldepflicht Art. 12 Abs. 3 FinfraV-FINMA).⁸⁷ Die Meldepflicht nach Art. 697j OR ist einmalig und besteht nur beim Erwerb. Somit reflektiert das Verzeichnis der gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697l OR) nicht zwingend die wirklich an der fraglichen Gesellschaft wirtschaftlich berechtigten Personen. Die A AG muss demzufolge keine «Nachmeldung» gemäss Art. 697j OR bezüglich der an ihr wirtschaftlich berechtigten Personen vornehmen.

⁸⁵ Zum Begriff des Kontrollinhabers siehe VISCHER/GALLI (Fn. 15) 485.

⁸⁶ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 3. Juni 2015 (SR 955.033.0).

⁸⁷ Gl.M. VISCHER (Fn. 10) Kapitel IV.3.H.; BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 60 f.; GLANZMANN (Fn. 36) 10; a.M. SPOERLÉ (Fn. 13) 740; SETHE/EGLÉ (Fn. 15) 523; OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697j N. 10.

2. Praxisbeispiel 24

Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person (Höhe der Beteiligung)

a. Ausgangslage

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. In der Folge meldet die A AG frist- und formgerecht die an ihr wirtschaftlich berechtigten Personen B (40%) und C (60%). Ein Jahr nach der GAFI-Meldung veräussert C 10% seiner Beteiligung an der A AG an B (neu beide je 50%). Muss die A AG diese Änderung melden?

b. Stellungnahme

Im Gegensatz zur Frage, ob ein Wechsel der wirtschaftlich berechtigten Person gemeldet werden muss⁸⁸, besteht in der Lehre Einigkeit darüber, dass Änderungen der Beteiligungshöhe nicht gemeldet werden müssen.⁸⁹ Die A AG muss daher keine Meldung absetzen, wonach B und C beide neu zu je 50% an der A AG beteiligt sind.

VI. Ausnahmen von der Meldepflicht

1. Praxisbeispiel 25

Erwerb durch eine Tochtergesellschaft einer Publikumsgesellschaft

a. Ausgangslage

Die A AG – eine 100%ige (nicht börsennotierte) Tochtergesellschaft der B AG, welche an der Börse kotiert ist – erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Wie bereits ausgeführt (vgl. oben Praxisbeispiele 6 und 7), entfällt die Meldepflicht gemäss Art. 697j OR, wenn die Anteile des *Targets* an einer Börse kotiert oder als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 697j Abs. 1 und 3 OR). Es fragt sich aber, ob die Meldepflicht nicht auch entfällt, wenn eine Publikumsgesellschaft selbst oder deren mehrheitlich kontrollierten Tochtergesellschaften meldepflichtige Anteile erwerben (Art. 4 Abs. 1 GwG *per analogiam*). Die Lehre bejaht dies mit dem Hinweis, dass die von der GAFI geforderte Transparenz aufgrund der börsenrechtlichen Transparenzvorschriften anderweitig gewährleistet ist.⁹⁰ Die direkt oder indirekt mehrheitlich gehaltenen Tochtergesellschaften einer börsennotierten Muttergesellschaft weisen im Ergebnis nämlich dieselben wirtschaftlich berechtigten Personen auf.⁹¹ Diese Auffassung verdient grundsätzlich Zustimmung.⁹² Da eine «Nichtmeldung» jedoch rechtlich heikel ist, empfehlen wir, in solchen Konstellationen in Analogie zu Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 2a Abs. 3 GwG ersatzweise den CEO oder Verwaltungsratspräsidenten des *Targets* als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden (sog. *Default-Lösung*). Gleiches gilt unseres Erachtens zudem auch dann, wenn meldebegründende Anteile treuhänderisch für eine Publikumsgesellschaft erworben werden. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die A AG ersatzweise den CEO der X AG als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden hat.

88 Siehe dazu oben Praxisbeispiel 23.

89 BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 59; SPOERLÉ (Fn. 13) 740; OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697j N. 10.

90 BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 63 ff.; GERICKE/KUHN (Fn. 15) 857; LUTZ/KERN (Fn. 15) 308; FACINCANI/SUTTER (Fn. 15) 218.

91 BSK OR II-DETTWILER/HESS (Fn. 15) Art. 697j N. 64.

92 So bereits VISCHER (Fn. 10) Kapitel IV.3.E.

2. Praxisbeispiel 26

Fiduziarischer Erwerb für eine Gesellschaft mit Bucheffekten

a. Ausgangslage

A erwirbt fiduziarisch 25% des Aktienkapitals der X AG für die B AG, deren Aktien als Bucheffekten ausgestaltet sind. Liegt ein meldepflichtiger Erwerb gemäss Art. 697j OR vor?

b. Stellungnahme

Nach der hier – und auch in der Lehre⁹³ – vertretenen Meinung besteht in solchen Fällen zufolge anderweitiger Sicherstellung der geforderten Transparenz (wie auch bei Tochtergesellschaften von Publikumsgesellschaften) prinzipiell keine Meldepflicht. Dabei ist belanglos, ob eine Gesellschaft mit Bucheffekten selbst, deren Tochtergesellschaften oder ein Treuhänder die meldepflichtigen Anteile erwirbt. Allerdings ist der Erwerber (hier A) unseres Erachtens in solchen Konstellationen – wie in Praxisbeispiel 25 – verpflichtet, ersatzweise den CEO oder Präsident des Verwaltungsrats des *Targets* als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden (sog. *Default-Lösung*).

VII. Verletzung der GAFI-Meldepflichten (Art. 697m Abs. 1–3 OR)

1. Praxisbeispiel 27

Tragweite der Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1–3 OR (sachlicher Umfang)

a. Ausgangslage

A erwirbt 20% der Namenaktien der X AG. Später erwirbt A weitere 15% und hält somit 35% der Aktien der X AG. Allerdings unterlässt es A, seiner Meldepflicht gemäss Art. 697j OR bezüglich der neu erworbenen 15% nachzukommen. Ruhen diesfalls die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte resp. verwirken die Vermögensrechte nur in Bezug auf die 10% der Beteiligung über dem Schwellenwert von 25% oder ist die gesamte Beteiligung von 35% von den Rechtsfolgen von Art. 697m OR betroffen?

b. Stellungnahme

Kern dieser Frage ist, ob es sich beim Schwellenwert von 25% um eine «Freigrenze» oder um einen «Freibetrag» handelt. Unserer Ansicht nach ist die 25%-Schwelle als «Freibetrag» zu qualifizieren mit der Konsequenz, dass die Rechtsfolgen bei Verletzung der Meldepflichten nur betreffend die das Aktienkapital/Stimmen übersteigenden 24,99% zur Anwendung gelangen.⁹⁴ Diese Lösung ist aus drei Gründen sachgerecht. Erstens spricht Art. 697m Abs. 1 OR bei grammatikalischer Auslegung für diese Sichtweise. Es ruhen nämlich nur «die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb gemeldet werden muss». Liest man diese Bestimmung zusammen mit Art. 697j Abs. 1 OR, wird klar, dass damit nur jene Aktien betroffen sind, mit denen der Grenzwert von 25% erreicht oder überschritten wird. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man den französischen und italienischen Gesetzeswortlaut konsultiert. Zweitens spricht der Sinn und Zweck des GAFI-Gesetzes für die hier vertretene Auffassung. Gemäss Botschaft ist nämlich die Offenlegung der wirtschaftlich berechtigten Person (und somit implizit auch die angedrohten Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Meldepflicht) erst bei einer qualifizierten Beteiligung von 25% angebracht.⁹⁵

93 Z.B. FACINCANI/SUTTER (Fn. 15) 218 Fn. 30.

94 A.M. SPOERLÉ (Fn. 31) N. 1054; gl.M. VISCHER (Fn. 17) 116.

95 Botschaft GAFI (Fn. 47) 659.

E contrario ist eine Beteiligung von unter 25% aus Sicht des GAFI-Gesetzes unproblematisch, weil gar keine Kontrolle im Sinne des GAFI-Gesetzes ausgeübt werden kann. Es wäre somit nicht mit der *ratio legis* vereinbar, wenn das gesamte Aktienpaket von den harschen Rechtsfolgen von Art. 697m OR betroffen wäre.⁹⁶ Aktionäre sollen ihre beherrschende Stellung im Sinne des GAFI-Gesetzes erst dann ausüben können, wenn sie ihren Meldepflichten nachgekommen sind. Drittens ist es angezeigt, die Bestimmung von Art. 697m OR angesichts der Tragweite der Rechtsfolgen bei Unterlassung einer Meldung sowie dem Fehlen einer *De-minimis*-Regel restriktiv auszulegen. Aus diesem Grund treten die Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1–3 OR nur in Bezug auf die die 25%-Schwelle übersteigende Beteiligung ein.⁹⁷

2. Praxisbeispiel 28

Tragweite der Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1–3 OR (personeller Umfang)

a. Ausgangslage

Am 1. Dezember 2015 hat die A AG 25% des Aktienkapitals (entsprechend 100 Namenaktien) der X AG erworben. Der einzige Verwaltungsrat Z der A AG meldet in der Folge fristgerecht der X AG, dass an der A AG B–E (4 Personen, je 25%) wirtschaftlich berechtigt seien. Allerdings wurde bei der GAFI-Meldung die Adresse von E vergessen. Am 1. Juli 2016 findet die ordentliche Generalversammlung der X AG statt, an der u.a. eine Dividende beschlossen wird. Der Dividendenanspruch der A AG beläuft sich auf CHF 500000.–. Welche Rechtsfolgen zeitigt diese fehlerhafte GAFI-Meldung?

b. Stellungnahme

Der Erwerber meldepflichtiger Anteile, d.h. der formelle Aktionär des *Targets*, muss nach der h.L. innert Monatsfrist⁹⁸ ab dem Erwerb den Vor- und Nachnamen sowie die Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person melden (Art. 697j Abs. 1 OR). Unterlässt er diese Meldung gänzlich, setzt er sie verspätet ab oder ist die Meldung (partiell) formell fehlerhaft (z.B. fehlende Adresse oder fehlender Vorname), verletzt der Erwerber seine GAFI-Pflichten. Als Rechtsfolge ordnet Art. 697m OR das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte und die Verwirkung der Vermögensrechte an, d.h. holt der betreffende Aktionär die Meldung nach, können die Vermögensrechte nur mit Wirkung *ex nunc* geltend gemacht werden. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 697m OR ist der formelle Aktionär von diesen harschen Konsequenzen betroffen. Fraglich ist indessen, ob die Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1–3 OR – im Sinne einer *De-minimis*-Regel – in indirekten Beteiligungsverhältnissen nur bezüglich der fehlerhaft, verspätet oder gar nicht gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Person (hier E) eintreten (Variante 1) oder ob sämtliche wirtschaftlich berechtigten Personen (hier B–E) mittelbar von den Rechtsfolgen betroffen sind (Variante 2).

Würde man Variante 1 den Vorzug geben, hätte dies *in casu* zur Folge, dass die A AG ihr Stimmrecht nur betreffend 75 Aktien (anstatt ihrer 100 Aktien), d.h. im Umfang von 18% (anstatt von 25%), ausüben könnte und sich ihr Dividendenanspruch lediglich auf CHF 375000.– (anstatt auf CHF 500000.–) belaufen würde.⁹⁹ Unseres Erachtens sprechen vor allem die *ratio legis* des GAFI-Gesetzes und überdies die mangelnde Praktikabilität gegen Variante 1. Weiter fehlt es an einer

96 **A.M.** in der Tendenz wohl Botschaft GAFI (Fn. 47) 662.

97 **A.M.** BSK OR II-Hess/DETTWILER (Fn. 15) Art. 697m N. 5; SPOERLÉ (Fn. 31) N. 1054; PETER/EREZ (Fn. 15) 32.

98 **A.M.** VISCHER/GALLI (Fn. 15) 482.

99 Vertritt man hingegen unsere Auffassung, wonach die Rechtsfolgen von Art. 697m OR nur in Bezug auf die die 24,99% übersteigende Beteiligung eintreten, würden das Stimmrecht und der Vermögensanspruch nur um 0,01% gekürzt.

ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Ergo zeitigt eine Meldepflichtverletzung Rechtsfolgen i.S.v. Art. 697m OR bezüglich des gesamten Aktienpakets. Den wirtschaftlich berechtigten Personen B–E bleibt in einem solchen Fall als Aktionäre der A AG nichts anderes übrig, als den entgangenen Dividendenanspruch mittels Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) vom Verwaltungsrat Z einzufordern.

3. Praxisbeispiel 29

Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen bei Verletzung der GAFI-Meldepflichten

a. Ausgangslage

Am 1. Februar 2016 hat die A AG 25% des Aktienkapitals (Variante 75%) der X AG erworben. Die gesetzlich vorgeschriebene GAFI-Meldung wurde nicht abgesetzt. Trotzdem hat die A AG an der ausserordentlichen Generalversammlung der X AG vom 1. November 2016 teilgenommen und der Abberufung des Verwaltungsrats Z zugestimmt. Welche Rechtsfolgen zeitigt diese fehlerhafte GAFI-Meldung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht? Was kann Minderheitsaktionär B vorkehren, welcher gegen die Abberufung des Verwaltungsrats Z gestimmt hat?

b. Stellungnahme

Im Schweizer Aktienrecht gilt der Grundsatz, dass Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, innert zwei Monaten ab Abhaltung der Generalversammlung durch die Aktionäre, Partizipanten und den Verwaltungsrat angefochten werden können (Art. 706 Abs. 1 und Art. 706a Abs. 1 OR). Nur in Ausnahmefällen ist ein Beschluss nichtig. Die Nichtigkeit kann jedermann, der ein rechtlich geschütztes Interesse hat, d.h. neben Aktionären und dem Verwaltungsrat auch Dritte oder der Fiskus, mittels einer Feststellungsklage feststellen lassen (Art. 706b OR).¹⁰⁰ In Bezug auf die Verletzung der Meldepflicht nach Art. 697j OR geht die h.L. davon aus, dass Beschlüsse der Generalversammlung, bei denen Aktionäre abgestimmt haben, deren Mitgliedschaftsrechte ruhen – unabhängig von der Anzahl der von ihnen gehaltenen Aktien – lediglich *anfechtbar* seien.¹⁰¹ Nach der hier vertretenen Auffassung gilt es zu differenzieren. Nehmen an einer Generalversammlung mehrheitlich Aktionäre teil, deren Mitgliedschaftsrechte ruhen, und üben diese entsprechend ihr Stimmrecht aus, so droht unseres Erachtens die *Nichtigkeit* der entsprechenden Beschlüsse.¹⁰² Insbesondere in Konzernverhältnissen ist somit davon auszugehen, dass die an der Generalversammlung gefassten Beschlüsse nichtig sind. OLMIER THÉVOZ weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass in Konstellationen, wo das gesamte Aktionariat die GAFI-Meldung(en) nicht erstattet hat, ein Mangel in der Organisation der Gesellschaft besteht und im Extremfall gestützt auf Art. 731b OR deren Auflösung verlangt werden könne.¹⁰³ Im Lichte dieser Ausführungen ist bezüglich des Grundsachverhalts davon auszugehen, dass die Beschlüsse lediglich anfechtbar, wohingegen in der Variante die Beschlüsse wohl als nichtig anzusehen sind. Der Minderheitsaktionär B könnte somit den Klageweg beschreiten.

100 BGE 137 III 460 E. 3.3.2.

101 CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697m N. 14; BSK OR II-HESS/DETTWILER (Fn. 15) Art. 697m N. 28; GERICKE/KUHN (Fn. 15) 864; FACINCANI/SUTTER (Fn. 15) 219; GLANZMANN (Fn. 36) 35; OFK OR-MEYER (Fn. 15) Art. 697m N. 7a; KETTERER (Fn. 15) 920.

102 So bereits VISCHER (Fn. 10) Kapitel VII.3.H.

103 THÉVOZ (Fn. 15) 576.

4. Praxisbeispiel 30

Zulässigkeit von Ad-hoc-GAFI-Meldungen

a. Ausgangslage

Am 1. Dezember 2015 hat A 25% des Aktienkapitals der X AG erworben. Die gesetzlich vorgeschriebene GAFI-Meldung hat A jedoch nicht abgesetzt. Am 1. Juli 2016 findet die ordentliche Generalversammlung der X AG statt. Der Verwaltungsrat Z der X AG verweigert A bei der Eingangskontrolle den Zutritt zur Generalversammlung unter Hinweis auf seine fehlende GAFI-Meldung. In der Folge meldet A – vor Beginn der ordentlichen Generalversammlung – dem anwesenden Verwaltungsrat Z die erforderlichen Angaben gemäss Art. 697j OR. Ist dies rechtlich zulässig?

b. Stellungnahme

Nach einhelliger Auffassung wirkt der Eintrag in das Verzeichnis über die gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697l OR) nicht konstitutiv.¹⁰⁴ Mit anderen Worten kommt dem Eintrag lediglich *deklaratorische* Wirkung zu.¹⁰⁵ Fraglich ist jedoch, ob sog. *Ad-hoc*-GAFI-Meldungen (wie im vorliegenden Fall) zulässig sind. Dies wird – unseres Erachtens zu Unrecht – wohl von der h.L. verneint. Bevor die Mitgliedschaftsrechte effektiv ausgeübt werden können, müsse nach der h.L. – *nota bene* trotz mangelnder konstitutiver Wirkung des Verzeichniseintrags – eine Eintragung in das Verzeichnis stattgefunden haben.¹⁰⁶ Diese Auffassung ist abzulehnen. Der Verwaltungsrat muss die Meldung nach Art. 697j OR lediglich auf ihre formelle Korrektheit hin überprüfen, d.h. ihn trifft keine Pflicht, die materielle Richtigkeit der Meldungen abzuklären oder etwaige Nachforschungen anzustellen.¹⁰⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung kann dem Verwaltungsrat zugemutet werden, die *Ad-hoc*-Meldung z.B. anlässlich der Eingangskontrolle zu einer Generalversammlung zu prüfen und die Ergebnisse dieser Prüfung provisorisch auf einem Blatt Papier festzuhalten. Andernfalls hätte dies zur Folge, dass die meldepflichtigen Aktionäre zuerst die formelle Ausgabe des Verzeichnisses gemäss Art. 697l OR durch den Verwaltungsrat abwarten müssten, bevor sie ihre Mitgliedschafts- und Vermögensrechte an der Generalversammlung ausüben könnten. Angesichts der drakonischen Rechtsfolgen von Art. 697m OR wäre es unseres Erachtens stossend, wenn meldepflichtigen Anteilseignern die Ausübung ihrer Rechte noch zusätzlich erschwert würde. Demnach ist das Vorgehen von A zulässig, und A kann an der Generalversammlung teilnehmen und abstimmen. Darüber hinaus leben seine Vermögensrechte mit Wirkung *ex nunc* per Datum der Meldung wieder auf, und A hätte (wie alle anderen Aktionäre) Anspruch auf eine etwaig beschlossene Dividende.

5. Praxisbeispiel 31

Haftung für Meldepflichtverletzungen des Veräusserers?

a. Ausgangslage

Ein Aktionär kommt seinen Meldepflichten gemäss Art. 697i und/oder Art. 697j OR nicht nach. In der Folge veräussert er das fragliche Aktienpaket. Kann der Aktionär dieses Aktienpaket rechtsgültig übertragen? Falls ja, hat der Erwerber der Aktien nachteilige Konsequenzen im Sinne des GAFI-Gesetzes zu befürchten?

104 Statt vieler CHK-SPOERLÉ (Fn. 15) Art. 697l N. 14.

105 MUSTAKI/NAFISSI (Fn. 15) 287.

106 SPOERLÉ (Fn. 13) 742; BSK OR II-HESS/DETTWILER (Fn. 15) Art. 697l N. 13; GLANZMANN (Fn. 36) 27.

107 VISCHER (Fn. 17) 118 ff.

b. Stellungnahme

Diese Problematik dürfte in Zukunft insbesondere bei Unternehmenskäufen oder -zusammenschlüssen im Rahmen der *Due Diligence* auftauchen. Unseres Erachtens zeitigt eine Verletzung der Meldepflichten keine Verwirkung des Eigentums an den Aktien.¹⁰⁸ Der Veräusserer besitzt demnach die entsprechende Verfügungsmacht und kann das Eigentum an den Anteilen wirksam auf Dritte übertragen.¹⁰⁹ Das vorgängige Nachholen der Meldung(en) ist nicht nötig. Eine Haftung des Erwerbers für etwaige Meldepflichtverletzungen des Veräusserers ist ausgeschlossen.¹¹⁰ Dafür spricht der Umstand, dass die Meldepflichten mit jedem Erwerb von Neuem zu erfüllen sind. Zudem fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für eine Haftung des Erwerbers.

VIII. GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats (Art. 697m Abs. 4 OR)

1. Praxisbeispiel 32

Kenntnis des Verwaltungsrats von einem meldepflichtigen Erwerb

a. Ausgangslage

Am 1. Dezember 2015 hat die A AG – eine 100%ige Tochtergesellschaft der Publikumsgesellschaft B AG – 25% des Aktienkapitals der X AG erworben. Die Aktien der X AG sind vinkuliert. Die gesetzlich vorgeschriebene GAFI-Meldung hat die A AG nicht abgesetzt. Der einzige Verwaltungsrat Z weiss jedoch aufgrund des Genehmigungsbeschlusses i.S.v. Art. 685c OR, dass ein meldepflichtiger Erwerb stattgefunden hat. Im Hinblick auf die am 1. Juli 2016 stattfindende ordentliche Generalversammlung der X AG stellt sich Verwaltungsrat Z die Frage, ob er der A AG die Teilnahme an der Generalversammlung bzw. eine allfällige Ausschüttung einer Dividende verweigern muss?

b. Stellungnahme

Nach der hier vertretenen, aber höchst umstrittenen Auffassung besitzt der Verwaltungsrat in solchen Fällen weder das Recht noch die Pflicht, den in Art. 697m OR stipulierten Rechtsfolgen zum Durchbruch zu verhelfen. Es mag zwar zutreffen, dass der Verwaltungsrat in solchen Konstellationen Kenntnis des (potenziell) meldepflichtigen Erwerbs gemäss Art. 697j OR hat. Allerdings ist zu unterstreichen, dass die Nichtmeldung – wie z.B. *in casu* – zu Recht erfolgt sein könnte?¹¹¹ In etlichen Konstellationen könnte lediglich *prima facie* ein meldepflichtiger Erwerb vorliegen. Erwirbt beispielsweise eine Tochtergesellschaft einer Publikumsgesellschaft oder einer Muttergesellschaft mit Bucheffekten die meldepflichtigen Anteile, löst dies nach der h.L. keine Meldepflicht aus.¹¹² Gleiches gilt nach der h.L., wenn ein Fonds Anteile erwirbt.¹¹³ Diese Beispiele – welche sich beliebig fortführen

108 Gl.M. GLANZMANN (Fn. 36) 36. Für eine Darstellung der Hauptrisiken in M&A-Transaktionen vgl. ALEXANDER FISCHER/ANDREA TROST, Die Auswirkungen der GAFI-Gesetzesänderungen auf M&A-Transaktionen, in: Jusletter 22. Februar 2016.

109 Der Grundsatz «*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*» wird somit nicht verletzt, auch wenn der Veräusserer seinen Meldepflichten nicht nachgekommen sein sollte.

110 Wohl gl.M. GERICKE/KUHN (Fn. 15) 862.

111 Unseres Erachtens ist der Erwerber von mindestens 25% des Aktienkapitals oder Stimmen immer verpflichtet, eine Meldung nach Art. 697j OR resp. eine Ersatzmeldung (sog. *Default-Lösung*) zu erstatten. Der Verwaltungsrat des *Targets* wird daher nie in eine solche – wie in Praxisbeispiel 32 skizzierte – Lage kommen. Weiss der Verwaltungsrat, dass ein meldepflichtiger Erwerb stattgefunden hat (beispielsweise weil die erworbenen Namenaktien vinkuliert sind oder weil es sich um Inhaberaktien handelt) und fehlt anlässlich der Generalversammlung eine entsprechende GAFI-Meldung, hat der Verwaltungsrat – ohne sich selbst in eine heikle juristische Lage zu bringen – dem fraglichen Aktionär den Zutritt zur Generalversammlung und die Ausschüttung einer Dividende wegen Verletzung der GAFI-Pflichten zu verweigern. Einzige Ausnahme hiervon ist dann zu machen, wenn die Generalversammlung innerhalb eines Monats seit dem Erwerb der Aktien stattfindet.

112 Siehe oben Praxisbeispiele 25 und 26.

113 Statt vieler GERICKE/KUHN (Fn. 15) 857 f.; a.M. VISCHER/GALLI (Fn. 15) 491.

lassen – zeigen auf, dass der Verwaltungsrat lediglich ein «Pseudowissen» in Bezug auf die Frage besitzt, ob tatsächlich ein meldepflichtiger Erwerb stattgefunden hat. Aus diesem Grunde darf der Verwaltungsrat Z *in casu* unabhängig davon, ob er weiss, dass die A AG 25% des Aktienkapitals erworben hat, der A AG nicht die Teilnahme an der Generalversammlung oder die Ausschüttung einer Dividende verweigern.

2. Praxisbeispiel 33

Nachforschungspflicht des Verwaltungsrats?

a. Ausgangslage

Am 1. Dezember 2015 hat A 25% des Aktienkapitals der X AG erworben. Die gesetzlich vorgeschriebene GAFI-Meldung hat A innert Frist abgesetzt und sich selbst als wirtschaftlich berechtigte Person gemeldet. Der einzige Verwaltungsrat Z vermutet, dass gar nicht A, sondern dessen Ehefrau B die an den von A erworbenen Aktien wirtschaftlich berechtigte Person ist. Im Hinblick auf die am 1. Juli 2016 stattfindende ordentliche Generalversammlung der X AG stellt sich Verwaltungsrat Z die Frage, ob er verpflichtet ist, nachzuforschen, ob A wirklich – wie von ihm behauptet – die an den erworbenen Aktien wirtschaftlich berechtigte Person ist.

b. Stellungnahme

Dem Verwaltungsrat obliegt unseres Erachtens gemäss Art. 697m Abs. 4 OR keine Pflicht zur Überprüfung der materiellen Korrektheit der Meldungen nach Art. 697i und Art. 697j OR.¹¹⁴ Folgerichtig hat er auch keine Nachforschungspflichten betreffend die materielle Korrektheit von erstatteten Meldungen.¹¹⁵ *In casu* muss der Verwaltungsrat Z daher nicht überprüfen, ob A tatsächlich an den Aktien wirtschaftlich berechtigt ist.

114 VISCHER (Fn. 17) 120; VISCHER/GALLI (Fn. 12) 4; gl.M. SPOERLÉ (Fn. 31) N. 1023.

115 VISCHER (Fn. 17) 120; VISCHER/GALLI (Fn. 12) 4; gl.M. GERICKE/KUHN (Fn. 15) 864; LUTZ/KERN (Fn. 15) 306.

C. Fazit

Diese Beispiele lassen sich beliebig fortführen und zeigen auf, wie umstritten und unklar die aktienrechtlichen Bestimmungen des GAFI-Gesetzes sind. Bis zur Klärung dieser Fragen durch die Gerichte empfehlen wir Ihnen, aufgrund des Vorsichtsgebots, im Zweifel eine Meldung zu erstatten und zudem in komplexen Fällen frühzeitig Spezialisten beizuziehen.

WEKA Praxis-Seminare

Weiterbildung – aus der Praxis für die Praxis

An unseren Veranstaltungen erweitern und vertiefen Sie Ihr **fachliches Know-how**, aber auch Ihre **persönlichen Kompetenzen und Führungsqualitäten**.



Praxisbezug steht bei uns an erster Stelle. Deshalb profitieren Sie an unseren Seminaren und Kongressen immer von lösungsorientierten Inhalten, Fallbeispielen, Werkzeugen und Tipps für die konkrete praktische Umsetzung.

Und Sie lernen von den Besten! Denn unsere Referenten verfügen über **langjährige Erfahrung** und wissen genau, welche Herausforderungen Sie in Ihrem Verantwortungsbereich tagtäglich meistern müssen.

Unser umfassendes Seminar- und Kongressangebot umfasst **über 160 Themen** aus den Bereichen:

- ✓ Personal
- ✓ Kommunikation
- ✓ Finanzen & Controlling
- ✓ Office Management
- ✓ Marketing
- ✓ Recht & Steuern
- ✓ Führung
- ✓ Öffentliche Verwaltung
- ✓ Bau & Immobilien
- ✓ Management
- ✓ Informatik

Tipp!

Ab 2 Teilnahmen profitieren Sie bereits von attraktiven Rabatten!
Gerne beraten wir Sie auch telefonisch unter 044 434 88 34.

Aktuelles Programm unter www.praxisseminare.ch

WEKA Business Dossiers

Business-Fitness im Abo – einfacher geht es nicht mehr

Die neusten Business Dossiers – sechs Mal jährlich in Ihrem Briefkasten. Ihr Vorteil: Sie sparen CHF 90.–.

Können Sie bei diesen zwei Vorteilen noch Nein sagen?

1. Aktuelle Business-Fitness – frisch ab Druck, direkt zugestellt.
2. Sie sparen im Abo CHF 90.– im Jahr.

Bestellen Sie jetzt das Business Dossier im Jahresabonnement (Best.-Nr. BDA501):

Für **nur CHF 138.–** erhalten Sie sechs Ausgaben / Jahr.

Infos und Bestellungen

Gerne beraten wir Sie telefonisch (**Kundenservice 044 434 88 34**).

Das Abonnement und sämtliche Einzelausgaben können Sie auch in unserem **Online-Shop www.weka.ch** bestellen oder direkt unter **www.businessdossiers.ch**.





WEKA Business Media AG

Hermeschloostrasse 77
8048 Zürich

Tel. 044 434 88 34
Fax 044 434 89 99

info@weka.ch
www.weka.ch

www.praxisseminare.ch