

Das Ende der Inhaberaktie?

Kritische Würdigung des Entwurfs zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum

CHRISTOPH BURCKHARDT*

SCHLAGWÖRTER	Aktienrecht – Inhaberaktie – Entwurf – Global Forum – GAFI
ZUSAMMENFASSUNG	Das Kapital einer Aktiengesellschaft kann grundsätzlich ganz oder teilweise aus Inhaberaktien bestehen. Ein Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum will diese Wahlfreiheit einschränken. Notwendige Massnahme oder «Swiss Finish»? Eine kritische Würdigung des Entwurfs in diesem Beitrag soll eine Antwort auf diese Frage liefern.
RÉSUMÉ	En principe le capital d'une société anonyme peut être reparti en tout ou en partie en actions au porteur. Un projet de loi concernant la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial propose une restriction. Est-ce une mesure nécessaire ou un «Swiss Finish»? Une appréciation critique du dit projet vise à fournir une réponse à cette question.
ABSTRACT	As a matter of principle, the capital of a company limited by shares can totally or partially consist of bearer shares. A bill regarding the implementation of Global Forum's recommendations proposes a restriction to this principle. Necessary measure or «Swiss Finish»? A critical evaluation of the bill in this paper aims to provide an answer to this question.

I. Einleitung

Die *Inhaberaktie* ist international *zunehmend unter Druck*. Grund für das Misstrauen gegenüber dieser Aktienart ist die dem Inhaberaktionär traditionellerweise gewährte Anonymität im internen Verhältnis gegenüber der Gesellschaft und das damit verbundene Missbrauchspotenzial.¹ Noch kann eine schweizerische Aktiengesellschaft – egal ob ihre Aktien an der Börse kotiert sind oder nicht – grundsätzlich frei wählen, ob ihr Aktienkapital ganz oder teilweise aus Inhaberaktien oder aus Namenaktien beste-

hen soll (Art. 622 Abs. 1 OR²).³ Nach einem Entwurf des Bundesrates zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (im Folgenden: Global Forum⁴) und der Groupe d'action financière (im Folgenden: GAFI⁵)

* CHRISTOPH BURCKHARDT, MLaw, Advokat, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Zürich.

¹ PHILIP SPOERLÉ, *Die Inhaberaktie*, Zürich 2015, N 1; PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, *Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Zürich 2018, § 8 N 93. Vgl. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich 2009, § 4 N 97a f.; DERS., *Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts – Eine kritische Übersicht*, GesKR 2006, 4 ff., 15; HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Bern 2014, § 3 N 36. Das Merkmal der Anonymität ist aber seit dem Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes am 1. Juli 2015 und den damit eingeführten Melde- und Registerführungspflichten im Zusammenhang mit Inhaberaktien nicht börsenkotierter Aktiengesellschaften weitgehend relativiert (siehe hinten Ziff. II.A.2).

² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

³ BÖCKLI (Fn. 1), § 4 N 97; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 389 ff., die sich zu den Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Aktienarten äussern. Im Sinne einer Ausnahme dürfen Stimmrechtsaktien und teil-liberierte Aktien nicht als Inhaberaktien ausgegeben werden (Art. 683 bzw. Art. 693 Abs. 2 OR).

⁴ Das Global Forum ist eine multilaterale Organisation mit 154 Mitgliedern (einschliesslich der Schweiz). Sie hat zum Zweck, die Transparenz und den Informationsaustausch zu Steuierzwecken zu verbessern bzw. zu gewährleisten (<http://www.oecd.org/tax/transparency> → About the Global Forum, abgerufen am 8. November 2018).

⁵ Die GAFI ist ein auf Initiative der G7 gebildetes internationales Expertengremium mit 37 Mitgliedern (einschliesslich der Schweiz). Ihr Zweck besteht in der Ausarbeitung von Empfehlungen für wirksame Massnahmen gegen die Geldwäscherei und die Finanzierung des Terrorismus (<http://www.fatf-gafi.org> → Membres et observateurs bzw. Que faisons-nous?, abgerufen am 8. November 2018).

soll sich das nun ändern.⁶ Der Entwurf (im Folgenden: Entwurf 2018) zielt insbesondere auf eine Verbesserung der Transparenz bezüglich der Eigentumsverhältnisse bei juristischen Personen ab.⁷

Als Mittel zur Umsetzung der Empfehlungen schlägt der Bundesrat namentlich vor:

- dass Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften nur noch zulässig sind, wenn sie als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 622 Abs. 1^{bis} E-OR 2018);
- dass die anderen sich im Umlauf befindlichen Inhaberaktien nach einer Übergangsfrist von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt werden (Art. 5–9 ÜBest E-OR 2018); und
- dass die Verletzung der Melde- bzw. Registerführungspflichten der Aktionäre bzw. Gesellschaften – unabhängig von der Börsenkotierung – strafrechtlich sanktioniert wird (Art. 327 und 327a E-StGB 2018).

Die vorgeschlagenen Massnahmen greifen potenziell in die Eigentumsgarantie der betroffenen Inhaberaktionäre und die Wirtschaftsfreiheit von rund 60 000 Aktiengesellschaften ein.⁸

Sind diese Massnahmen erforderlich zur Wahrung der Interessen der Schweiz, wie der Bundesrat in der Botschaft geltend macht,⁹ oder könnten die Empfehlungen auch mit weniger einschneidenden Massnahmen umgesetzt werden? Zur Beantwortung dieser Frage legt der vorliegende Beitrag zunächst die Ausgangslage zur aktuellen Revision dar (II.). Dabei wird auf die Kritik an der Rechtslage in der Schweiz und die bereits getroffenen Massnahmen, insbesondere auf das GAFI-Gesetz¹⁰ aus dem Jahre 2015, eingegangen. Danach werden die Kernpunkte des Entwurfs 2018 dargestellt (III.). In einem letzten Schritt werden die Vorschläge des Entwurfs 2018 einer kritischen Würdigung unterzogen und die Ergebnisse zusammengefasst (IV. und V.). Durch einen Vergleich der vorgeschlagenen Massnahmen mit den Empfehlungen des Global Forum und der GAFI wird aufgezeigt, ob und inwieweit die Massnahmen verhältnismässig sind.

⁶ Entwurf (Vorabdruck) des Bundesgesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke (Global Forum Gesetz) vom 21. November 2018 (E-OR 2018, E-StGB 2018, E-StAhiG 2018 oder E-BEG 2018, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73051.html> → Entwurf, abgerufen am 1. Dezember 2018. Vgl. Vorentwurf des Bundesgesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des Global Forum über die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch für Steuerzwecke (Global Forum-Gesetz) vom 17. Januar 2018 (VE-OR 2018, VE-StGB 2018 oder VE-KAG 2018), abrufbar unter <https://www.admin.ch> → Bundesrecht → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2018 → EFD → Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum über die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch im Bericht zur Phase 2 der Schweiz → Vorlage, abgerufen am 1. Dezember 2018.

⁷ Botschaft (Vorabdruck) vom 21. November 2018 zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz, 4, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73051.html> → Botschaft, abgerufen am 1. Dezember 2018. Vgl. Erläuternder Bericht vom 17. Januar 2018 zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum über die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch im Bericht zur Phase 2 der Schweiz (Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz), 2 f., abrufbar unter <https://www.admin.ch> → Bundesrecht → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2018 → EFD → Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum über die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch im Bericht zur Phase 2 der Schweiz → Bericht, abgerufen am 1. Dezember 2018. Die Empfehlungen betreffen im Weiteren die Modalitäten des Informationsaustauschs.

II. Ausgangslage

Bereits vor dem Entwurf 2018 zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum stand die Transparenz bei juristischen Personen und insbesondere bei Gesellschaften mit Inhaberaktien international in Kritik. Die mangelnde Konformität mit internationalen Empfehlungen drängte die Schweiz dazu, gewisse Massnahmen zu ergreifen und führte zum Erlass des GAFI-Gesetzes (A.). Gleichwohl konnten dadurch nicht alle Bedenken ausgeräumt werden. Das zeigt sich in den neusten Empfehlungen des Global Forum und der GAFI (B.).

⁸ Vgl. zur Zahl der betroffenen Gesellschaften HANSUELI SCHÖCHLI, «Eines Rechtsstaats unwürdig», NZZ vom 18. Januar 2018, 23. Die Zahl beruht auf Schätzungen des Bundes.

⁹ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 9 ff.; Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 2 f., 16.

¹⁰ Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12. Dezember 2014 (GAFI-Gesetz), AS 2015 1389 ff.

A. Das GAFI-Gesetz als Reaktion auf die internationale Kritik an der mangelnden Transparenz von juristischen Personen

1. Internationale Kritik an der mangelnden Transparenz von juristischen Personen

Der Druck zur Verbesserung der Transparenz bezüglich juristischer Personen kommt in entscheidendem Masse von den *Empfehlungen der GAFI und des Global Forum*.¹¹ Obwohl es sich bei den Empfehlungen nicht um völkerrechtlich verbindliche Regeln, sondern um sogenanntes «soft law» handelt, werden sie weltweit als verbindlich anerkannt.¹² Das ist darauf zurückzuführen, dass diejenigen Staaten, die aufgrund einer Missachtung der Empfehlungen auf eine öffentliche «schwarze» oder «graue» Liste gesetzt werden, mit negativen Folgen rechnen müssen.¹³ Der Druck hat zugenommen, seit das Global Forum im Jahre 2009 ein System zur gegenseitigen Überprüfung – sogenannte «peer reviews» – eingeführt hat.¹⁴ Die Schweiz wirkt zwar sowohl im Global Forum als auch in der GAFI mit.¹⁵ Gleichwohl ist es mit Blick auf die Auswirkungen der ausgehandelten Regelwerke unbefriedigend, dass die Organisationen nur in geringem Masse demokratisch legitimiert sind.

Die Kritik beider Organisationen betrifft im Wesentlichen die *fehlende Transparenz bezüglich der Inhaberaktionäre*.¹⁶ Zwar haben Inhaberaktien für die Inhaber den

Vorteil, dass sie leicht übertragen und die darin verbrieften Rechte einfach geltend gemacht werden können.¹⁷ Ein Nachteil ist hingegen aus behördlicher Sicht und je nachdem aus Sicht der Gesellschaft, dass die Identifikation der Inhaberaktionäre bzw. des wirtschaftlich Berechtigten schwierig ist.¹⁸ Es müsse sichergestellt werden, dass die für die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorisfinanzierung zuständigen Behörden rechtzeitig Zugriff auf die Informationen über die an einer juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen haben.¹⁹ Die im Jahre 2012 revidierten und von der Schweiz gutgeheissenen GAFI-Empfehlungen definieren nunmehr einschlägige Regeln in Bezug auf die Transparenz juristischer Personen. So wurden die Anforderungen an das Vorhandensein der Informationen über die an einer Aktie wirtschaftlich berechnete Person festgelegt, der Begriff der «wirtschaftlich berechtigten Person» definiert und Massnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs vorgeschlagen.²⁰ Gemäss dem Global Forum umfasst der Begriff der «wirtschaftlich berechtigten Person» nicht nur den Eigentümer, sondern – sofern dieser in fremdem Namen handelt – auch die Personen, zu deren Gunsten er handelt sowie diejenigen Personen, die Teil einer Eigentumskette sind.²¹ Insgesamt stellen die Vorgaben des Global Forum

org/ → Browse by Country → Switzerland, abgerufen am 1. Dezember 2018.

¹¹ Vgl. Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 8 f. Die GAFI-Empfehlungen wurden im Jahre 2012 revidiert und von der Schweiz gutgeheissen. Siehe hierzu Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI (Botschaft GAFI-Gesetz), BBl 2014 605 ff., 611.

¹² URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 336; SPOERLÉ (Fn. 1), N 701, 705; TAMARA TAUBE, Die Schwarze Liste der FATF – was droht der Schweiz wirklich?, recht 5/2014, 210 ff., 211; vgl. JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Art. 305^{bis} StGB, in: Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band 1, 1. Aufl., Zürich 1998, N 27; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, Bern 2010, § 3 N 86.

¹³ SPOERLÉ (Fn. 1), N 702 f., der auf das Reputationsrisiko für den betroffenen Staat und die indirekten Auswirkungen auf dort ansässige juristische Personen (Verpflichtung zur besonderen Überwachung der Transaktionen mit in solchen Ländern ansässigen Personen) hinweist.

¹⁴ Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 615.

¹⁵ Siehe vorne Fn. 4 und 5.

¹⁶ Mutual Evaluation Report of Switzerland 2016, 9, abrufbar unter <http://www.fatf-gafi.org/> → Publications → Mutual Evaluations → Mutual Evaluation Report of Switzerland 2016, abgerufen am 1. Dezember 2018; Peer Review Report Phase 2, Implementation of the Standard in Practice, Switzerland, July 2016, 11 f., abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/>

¹⁷ Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 654; LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?, GesKR 2014, 6; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 3), § 16 N 389, 403 f.; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. Aufl., Bern 2018, § 19 N 1023 f.; RETO SANWALD, Bedeutung und Zukunft der Inhaberaktien in der Schweiz, REPRAX 2/2000, 22 ff., 26.

¹⁸ Vgl. GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 17), 6; SPOERLÉ (Fn. 1), N 41 ff.

¹⁹ Peer Review Report Phase 1, Legal and Regulatory Framework, Switzerland, June 2011, 90, abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/> → Browse by Country → Switzerland → Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Switzerland 2011: Phase 1: Legal and Regulatory Framework, abgerufen am 1. Dezember 2018; GAFI-Länderprüfung vom 14. Oktober 2005, 22, abrufbar unter <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/mer%20switzerland%20resume.pdf>, abgerufen am 1. Dezember 2018.

²⁰ Recommendations GAFI, Nr. 24, 22 und 90 ff., abrufbar unter <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommendations%20du%20GAFI%202012.pdf>, abgerufen am 1. Dezember 2018.

²¹ Global Forum Terms of Reference, A.1.1, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transparency> → About the Global Forum → Publications → Key Documents → 2016 Terms of Reference, abgerufen am 1. Dezember 2018. Der Wortlaut des entsprechenden Abschnitts war bereits in der Version aus dem

strengere Anforderungen an die Transparenz bei juristischen Personen als die Vorgaben der GAFI.²²

2. Das GAFI-Gesetz als Reaktion auf die Kritik

Angesichts des zunehmenden Drucks beabsichtigte der Bundesrat, die Empfehlungen mit gezielten gesetzgeberischen Massnahmen umzusetzen. Im Jahre 2013 schickte er als Reaktion auf die Kritik einen Vorentwurf des GAFI-Gesetzes in Vernehmlassung (im Folgenden: Vorentwurf 2013).²³ Das am 1. Juli 2015 in Kraft getretene Gesetz hatte den Zweck, die Transparenz bezüglich juristischer Personen und der an ihnen wirtschaftlich berechtigten Personen zu erhöhen. Die Massnahmen sollten dem Finanzplatz Schweiz als *Schutz vor Missbrauch für kriminelle Zwecke* dienen.²⁴ Nach Ansicht des Bundesrates erfüllte die Schweiz mit der Anpassung des OR, des BEG²⁵ und anderer Erlasse die damaligen Vorgaben des GAFI und des Global Forum weitgehend.²⁶

Als Mittel zur Verbesserung der Transparenz standen verschiedene *Pflichten für die Aktionäre und die Gesell-*

schaft im Vordergrund. Für Inhaberaktionäre einer nicht börsenkotierten Gesellschaft wurde eine allgemeine Meldepflicht beim Erwerb der Aktien eingeführt (Art. 697i OR) sowie für sämtliche Inhaber- und Namenaktionäre eine Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person ab Überschreiten eines bestimmten Prozentsatzes des Aktienkapitals oder der Stimmen (Art. 697j OR).²⁷ Das Gegenstück zu den Aktionärspflichten ist die Registerführungspflicht (Aktienbuch und Verzeichnis der Inhaberaktionäre und wirtschaftlich berechtigten Personen) der Gesellschaft, die auch an einen Finanzintermediär delegiert werden kann (Art. 697k und 697l OR). Zur Absicherung der Pflichten wurden für den Fall der Nichteinhaltung als gesellschaftsrechtliche Konsequenz das Ruhen der Mitgliederrechte vorgesehen, solange die Meldepflicht nicht erfüllt wird (Art. 697m OR). Schliesslich wurde die Umwandlung von Namen- in Inhaberaktien vereinfacht und es wurden gewisse Vorschriften hinsichtlich der Aufbewahrung der Register sowie des Zugriffs dazu und zu den zugrunde liegenden Belegen erlassen (Art. 686 Abs. 1 und 5 OR, Art. 704a OR, Art. 718 Abs. 4 OR, Art. 747 OR).²⁸ Die Meldepflicht und die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen im Unterlassungsfall haben die interne Anonymität des Inhaberaktionärs, der seine Aktionärsrechte ausüben will, weitgehend beseitigt.²⁹

Zur *Wahrung der Verhältnismässigkeit* wurde auf bestimmte Massnahmen bewusst verzichtet. So fanden die im Vorentwurf 2013 vorgesehenen Strafbestimmungen betreffend die Verletzung der Melde- und Registerführungspflicht keinen Eingang in den Entwurf (im Folgenden: Entwurf 2013).³⁰ Auch auf einen erneuten Vorschlag zur vollständigen Abschaffung der Inhaberaktien wurde verzichtet.³¹ Noch im Jahre 2005 hatte der Bundesrat im

Jahre 2010 gleichlautend. Zur Schwierigkeit, die wirtschaftlich berechnete Person zu definieren, siehe MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Wer ist die wirtschaftlich berechnete Person gemäss Art. 697j OR?, SJZ 2016, 481 ff.

²² Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 614 f. Beispielsweise beschränkt sich die GAFI in ihren Empfehlungen auf die Einführung einer Meldepflicht für Beteiligungen über 25 Prozent, wohingegen das Global Forum eine generelle Meldepflicht für alle Inhaberinnen und Inhaber von Inhaberaktien vorschreibt.

²³ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-47934.html>, abgerufen am 1. Dezember 2018. Vorentwurf des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 27. Februar 2013 (im Folgenden: Vorentwurf 2013), abrufbar unter <https://www.admin.ch> → Bundesrecht → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2013 → EFD → Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière → Vorlage, abgerufen am 1. Dezember 2018.

²⁴ Zum Gesagten siehe Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 606.

²⁵ Bundesgesetz über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (BEG, SR 957.1).

²⁶ Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 607, 639 ff., mit dem Hinweis, dass strafrechtliche Sanktionen nötig seien, um den internationalen Standards zu entsprechen. Die im Gesetz vorgesehenen Änderungen anderer Erlasse stehen vorliegend nicht im Vordergrund. Grundlegend zum GAFI-Gesetz siehe ANDREA GAMBA/LUCA CASTIGLIONI, Le nuove norme sulla trasparenza delle società anonime, NF 6/2018, 276 ff.; GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 17), 4 ff.; PHILIPPE JACQUEMOUD/BENJAMIN VIGNIEU, Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en oeuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, GesKR 2015, 536 ff., 539 ff.; SPOERLÉ (Fn. 1), N 688 ff. Zu den neusten Empfehlungen der GAFI und des Global Forum siehe hinten Ziff. II.B.

²⁷ Die Pflicht besteht nicht, wenn die Aktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 697j Abs. 3 OR).

²⁸ Analoge Pflichten wurden auch für die GmbH eingeführt (Art. 790 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 OR, Art. 790a OR, Art. 814 Abs. 3 OR). Im Genossenschaftsrecht gelten ebenfalls eine Registerführungspflicht und gewisse Vorschriften betreffend die Registerführung, nicht aber eine Meldepflicht der Genossenschaftler (Art. 837 OR, Art. 898 Abs. 2 OR).

²⁹ CARLO EGLE, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Zürich 2018, N 68 f.

³⁰ Vgl. Entwurf des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 13. Dezember 2013 (Entwurf 2013), BBl 2014 705 ff. und Vorentwurf 2013 (Fn. 23).

³¹ Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 639 f. Siehe bereits Erläuternder Bericht vom 27. Februar 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (Erläuternder Bericht GAFI-Gesetz), 8, abrufbar unter: <https://www.admin.ch> → Bundesrecht → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2013 → EFD → Umset-

Rahmen der Aktienrechtsrevision die vollständige Abschaffung der Inhaberaktie vorgeschlagen.³² Aufgrund des Widerstands nahm er aber Abstand von diesem Vorschlag.³³ Eine weitgehende Abschaffung der Inhaberaktien weniger als zehn Jahre später – so der Bundesrat – würde einer Kehrtwende der politischen Meinung gleichkommen und zudem in Widerspruch stehen zu den Interessen der Wirtschaft.³⁴ Weitere fünf Jahre später scheint der Bundesrat seine Haltung teilweise revidiert zu haben, wie sich im Entwurf 2018 zeigt.³⁵

B. Neuste Empfehlungen des Global Forum und der GAFI

1. Empfehlungen des Global Forum

Obwohl die Schweiz mit dem GAFI-Gesetz erst vor wenigen Jahren Massnahmen ergriffen hat, verorten die internationalen Organisationen nach wie vor *Handlungsbedarf* – insbesondere betreffend die Transparenz bei Gesellschaften mit Inhaberaktien. Am 26. Juli 2016 veröffentlichte das Global Forum den Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz. Zwar erhielt die Schweiz dabei die genügende Gesamtnote «weitgehend konform». Jedoch wurden zwei der zehn geprüften Elemente mit der ungenügenden Note «teilweise konform» bewertet und mit verschiedenen Empfehlungen versehen. Zum einen ist wiederum die Transparenz bei juristischen Personen betroffen, zum anderen die Praxis betreffend gestohlene Daten als eine Modalität des Informationsaustausches.³⁶ Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die Kritik bezüglich der Transparenz bei juristischen Personen.³⁷

Die Vorgaben des Global Forum sehen vor, dass Staaten, in denen die Ausgabe von Inhaberaktien zulässig ist, angemessene *Vorkehrungen zur Feststellung der Identität der Inhaberaktionäre* treffen. Als mögliches Mittel dazu wird die Immobilisierung der Inhaberaktien aufgeführt.³⁸ Diese könnte durch die Ausgestaltung der Inhaberaktie als Bucheffekte oder durch deren Hinterlegung bei einer Drittperson erreicht werden.³⁹

Im neusten Bericht des Global Forum werden Empfehlungen zur Verbesserung von drei Kritikpunkten an der Rechtslage in der Schweiz abgegeben:

Erstens wird kritisiert, die mit dem GAFI-Gesetz eingeführten Meldepflichten würden nicht sicherstellen, dass die Identität der Eigentümer von Inhaberaktien innert der vorgegebenen Zeit festgestellt wird. Die Gesellschaften seien nicht verpflichtet, die Identität der Inhaberaktionäre festzustellen. Zudem können einem Aktionär, der sich nicht an die Meldepflicht hält, *keine straf- oder verwaltungsrechtlichen Massnahmen* auferlegt werden.⁴⁰ Die Schweiz solle deswegen angemessene Verfahren zur Berichterstattung vorsehen, damit die Feststellung der Identität von Inhaberaktionären jederzeit sichergestellt ist.⁴¹

Zweitens wird kritisiert, dass Gesellschaften, die ihren Sitz ausserhalb der Schweiz haben, aber deren tatsächliche Verwaltung sich in der Schweiz befindet, nicht verpflichtet sind, im Rahmen der handelsregisterrechtlichen Anmeldung Informationen zu ihren Eigentümern offenzulegen. Die Verfügbarkeit von Informationen richte sich in solchen Fällen nach demjenigen Recht, nach dem die Gesellschaft organisiert ist. Weil die Informationen in solchen Konstellationen nicht in allen Fällen verfügbar sind, sollte die Schweiz auch *ausländische Gesellschaften mit tatsächlicher Verwaltung in der Schweiz* zur Offenlegung

zung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière → Bericht, abgerufen am 1. Dezember 2018.

³² Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (VE-OR 2005), Art. 620 VE-OR 2005, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/entw-d.pdf>, abgerufen am 1. Dezember 2018.

³³ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht u.a.m.), BBl 2008 1589 ff., 1617 ff. Auch auf die Einführung einer Meldepflicht dazumal wurde verzichtet.

³⁴ Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 640.

³⁵ Siehe hinten Ziff. III.

³⁶ Zum Gesagten siehe Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 143 f., 147.

³⁷ Bezüglich der steuerrechtlichen Aspekte hat der Bundesrat bereits am 10. Juni 2016 eine Änderung des Steueramtshilfegesetzes (StAhiG) vorgeschlagen. Die Beratung wurde aber im Oktober 2016 im Hinblick auf den Vorentwurf 2018 sistiert (siehe Medienmitteilung der WAK-N vom 26. Oktober 2016,

<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-n-2016-20-26.aspx>, abgerufen am 1. Dezember 2018). Der Vorentwurf 2018 sieht vor, dass auf ein Gesuch auch eingetreten werden darf, wenn der ersuchende Staat sein Gesuch auf ursprünglich gestohlene Daten stützt, sofern er mittels Amtshilfe und nicht durch aktives Verhalten in deren Besitz gelangt ist (zum Gesagten siehe Botschaft vom 10. Juni 2016 zu einer Änderung des Steueramtshilfegesetzes, BBl 2016 5137 ff., 5148 f.).

³⁸ Zum Gesagten siehe Global Forum Terms of Reference 2016 (Fn. 21), Ziff. A.1.2.

³⁹ Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 7 f.

⁴⁰ Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 54 ff., 143. Gemäss den Global Forum Terms of Reference (Fn. 21), Ziff. C.5.1, sollte ein Auskunftsbegehren innerhalb von 90 Tagen beantwortet werden können.

⁴¹ Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 40 f., 72, 143.

verpflichten.⁴² Die Empfehlung wurde abgegeben, obwohl die Schweiz seit der letzten Länderüberprüfung sämtliche Anfragen betreffend die Identität der Eigentümer ausländischer Gesellschaften hat beantworten können.⁴³

Und drittens wird angeführt, dass auch die Überwachung der Pflicht der Gesellschaften zur Führung der Verzeichnisse verbesserungsfähig sei. Zwar würde die Einhaltung der Pflicht auf verschiedenen Ebenen überprüft: im Rahmen von externen Audits, von der Steuerbehörde und auch von der FINMA. Jedoch könnten den verpflichteten Gesellschaften – analog den Aktionären betreffend die Meldepflicht – keine Bussen auferlegt werden, wenn sie kein Aktienbuch oder Verzeichnis führen. Die Schweiz solle deshalb ein *wirksames System zur Überwachung* der Pflicht zur Führung der Verzeichnisse vorsehen.⁴⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Global Forum zwar Zielvorgaben gibt, sich aber nicht abschliessend zu den Mitteln zur Zielerreichung äussert. So wird z.B. kritisiert, dass die Verletzung der Pflichten der Aktionäre und Gesellschaften nicht mit straf- oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen belegt ist. In den Empfehlungen wird die Einführung solcher Sanktionen aber nicht explizit gefordert. Vielmehr begnügt sich der Bericht mit allgemeinen Formulierungen. Gefordert werden beispielsweise «angemessene Verfahren zur Meldung von Inhaberaktionären»⁴⁵ zur Feststellung deren Identität oder ein wirksames System zur Überwachung von Gesellschaften, um die Einhaltung der Registerführungspflicht zu überprüfen.⁴⁶ Die Empfehlungen lassen den überprüften Staaten demnach einen gewissen *Spielraum zur Umsetzung*.⁴⁷

2. Empfehlungen der GAFI

Am 7. Dezember 2016 veröffentlichte die GAFI den vierten Länderbericht zur Schweiz.⁴⁸ Die Empfehlungen der GAFI in diesem Bericht decken sich teilweise mit den oben dargelegten Empfehlungen des Global Forum.⁴⁹ Die GAFI schreibt in der Medienmitteilung zwar, die Schweiz habe technisch solide Regeln zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung und habe in der Überprüfung gute Resultate erzielt.⁵⁰ Nichtsdestotrotz hält der Bericht zur Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen betreffend die Transparenz der juristischen Personen und der wirtschaftlich berechtigten Personen fest, dass *gewisse Verbesserungen notwendig* seien. Namentlich scheinen die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen im Falle einer Missachtung der Meldepflichten der Aktionäre bzw. der Pflicht zur Führung von Verzeichnissen der Gesellschaften nicht genügend abschreckend zu sein. Mangels einer entsprechenden Studie habe die Wirksamkeit und Angemessenheit der ergriffenen Massnahmen nicht überprüft werden können.⁵¹ Die Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen wird die Schweiz im Rahmen der 2021 stattfindenden Folgeprüfung durch die GAFI nachweisen müssen.⁵² Die Umsetzung der Empfehlungen soll bereits im Rahmen des vorliegenden Entwurfs 2018 erfolgen.⁵³

III. Kernpunkte des Entwurfs zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum

Als Reaktion auf die aktuellen Empfehlungen des Global Forum und der GAFI hat der Bundesrat am 17. Januar 2018 einen Vorentwurf zur Umsetzung der besagten Empfehlungen in Vernehmlassung geschickt, der eine Abschaffung der Inhaberaktie bei nicht kotierten Aktiengesellschaften vorsah.⁵⁴ Aufgrund der kritischen Rückmeldungen im Rahmen der Vernehmlassung verzichtet der Bundesrat im Entwurf auf zwei Massnahmen, die zur Umsetzung der Empfehlungen abdingbar sind.⁵⁵ Vorge-

⁴² Zum Gesagten siehe Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 72, 143.

⁴³ Vgl. Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 40 f. Seit der letzten Länderüberprüfung im Jahre 2011 wurden über 3000 Gesuche um Informationsaustausch gestellt. 726 davon betrafen ausländische Gesellschaften. Davon standen rund 20 im Zusammenhang mit der Identität der Eigentümer der Gesellschaften.

⁴⁴ Zum Ganzen siehe Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 30, 71 f., 144.

⁴⁵ Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 72, 143 («*appropriate reporting mechanisms*»).

⁴⁶ Zum Ganzen siehe Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 71 f., 143 f.

⁴⁷ Zur Frage, inwieweit der Vorentwurf 2018 diesen Spielraum ausreicht, siehe hinten Ziff. IV. und IV.D.

⁴⁸ Mutual Evaluation Report of Switzerland 2016 (Fn. 16).

⁴⁹ Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 8, betreffend die Empfehlung zur Überprüfung des Sanktionssystems.

⁵⁰ Medienmitteilung GAFI vom 7. Dezember 2016, <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-switzerland-2016.html>, abgerufen am 1. Dezember 2018.

⁵¹ Zum Gesagten siehe Mutual Evaluation Report of Switzerland 2016 (Fn. 16), 9, 204.

⁵² Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 9.

⁵³ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 12 f.

⁵⁴ Vorentwurf Global Forum-Gesetz (Fn. 6). Zur Abschaffung siehe Art. 622 Abs. 2 VE-OR 2018.

⁵⁵ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 14; Ergebnisbericht zur Vernehmlassung, abrufbar unter <https://www.admin.ch/>

schlagen werden nun diverse Änderungen im OR, im StGB⁵⁶, im StAhiG⁵⁷ und im BEG. Die neuen Bestimmungen sollen bis im Oktober 2019 in Kraft treten, damit sie bei der nächsten Länderprüfung des Global Forum berücksichtigt werden.⁵⁸ Vor einer kritischen Würdigung der vorgeschlagenen Massnahmen seien die Kernpunkte des Entwurfs 2018 dargestellt (A. bis D.) und die Elemente des Vorentwurfs 2018, auf die verzichtet wurde (E.).⁵⁹

A. Einschränkung der Zulässigkeit von Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Gesellschaften

1. Zwingende Ausgestaltung von Inhaberaktien als Bucheffekten

Anders als noch im Vorentwurf 2018 sieht der Bundesrat im Entwurf 2018 von der Abschaffung von Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Gesellschaften⁶⁰ ab.⁶¹ Jedoch müssen Inhaberaktien bei Gesellschaften, die nicht mindestens einen Teil ihrer Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert haben, als *Bucheffekten* im Sinne des BEG ausgestaltet sein (Art. 622 Abs. 1^{bis} E-OR 2018). Als Bucheffekten ausgegebene Aktien können somit nach wie vor als Namenaktien oder als Inhaberaktien ausgestaltet sein (Art. 622 Abs. 1 Satz 2 OR). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass das System der Verwahrung der Aktien weiterhin *kein Präjudiz für die aktienrechtliche Ausgestaltung* (wertpapierrechtliche Verurkundung, aktienrechtliche Wirkungen) ist.⁶² Gemäss Vorentwurf 2018 hätten In-

haberaktien wohl nur bei börsenkotierten Gesellschaften als Bucheffekten ausgegeben werden können, weil deren Ausgabe anderenfalls aktienrechtlich gar nicht zulässig gewesen wäre.⁶³

Durch die Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten ist die geforderte Transparenz aber auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften gewährleistet. Die Identität der Inhaberaktionäre und der an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen ergibt sich aus den bei der Verwahrungsstelle⁶⁴ erhältlichen Informationen über die *Rechtszuständigkeit an den Bucheffekten*, denen die Inhaberaktien zugrunde liegen.⁶⁵ Damit die Transparenz bezüglich Inhaberaktien von Gesellschaften ohne börsenkotierte Beteiligungspapiere nicht durchbrochen wird, dürfen die Inhaberaktien selbst von der Verwahrungsstelle nur im Falle einer Umwandlung oder Vernichtung an die Gesellschaft ausgeliefert werden oder im Falle einer Beendigung der Funktion an eine andere Verwahrungsstelle (Art. 8a E-BEG 2018).⁶⁶

2. Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien von Gesetzes wegen

a. Geltungsbereich des Verfahrens

Gesellschaften mit Inhaberaktien, deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert sind oder deren Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind, müssen diesen Umstand ins Handelsregister eintragen lassen (Art. 622 Abs. 2^{bis} E-OR 2018). Diese Eintragung ist innert 18 Monaten ab dem Inkrafttreten der *Eintragungspflicht* vorzunehmen (Art. 2 ÜBest E-OR 2018). Nicht börsenkotierte Gesellschaften mit Inhaberaktien, die keines dieser beiden Kriterien erfüllen, haben drei Möglichkeiten um zu verhindern, dass die Inhaberaktien von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt werden. Sie können ihre Inhaberaktien innert einer Frist von 18 Monaten ab Inkrafttreten der neuen Bestimmungen entweder im ordentlichen Verfahren in Namenaktien umwandeln (Art. 704a OR), als Bucheffekten ausgestalten oder Beteiligungsrechte an einer Börse kotieren.⁶⁷ Inhaberaktien von Gesellschaften,

gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73051.html → Ergebnisbericht. Verzichtet wurde auf die Einführung einer Pflicht für Unternehmen zur Führung eines Kontos bei einer schweizerischen Bank und auf die Einführung eines Einsichtsrechts für Behörden und Finanzintermediäre in die Verzeichnisse der Gesellschaft. Siehe hierzu hinten Ziff. III.E.

⁵⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

⁵⁷ Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen vom 28. September 2012 (StAhiG, SR 651.1).

⁵⁸ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 17.

⁵⁹ Nicht eingegangen wird – mit einer Ausnahme – auf die Änderungen der Bestimmungen des StAhiG (vgl. Botschaft Global Forum-Gesetz [Fn. 7], 54 ff.). Zu Art. 22i^{bis} E-StAhiG 2018 siehe hinten Ziff. III.D.

⁶⁰ Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF) und Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV).

⁶¹ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 14; vgl. Art. 622 Abs. 2 VE-OR 2018.

⁶² Vgl. Botschaft vom 15. November 2006 zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006 9315 ff., 9390.

⁶³ LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLÉ, Das neue Global Forum-Gesetz, GesKR 2018, 87 ff., 91.

⁶⁴ Die Verwahrungsstelle wird von der Gesellschaft nach Art. 697j E-OR 2018 bezeichnet.

⁶⁵ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 38.

⁶⁶ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 59.

⁶⁷ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 46. Das Eidgenössische Finanzdepartement wird eine Anleitung für die Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien bzw. deren Ausgestaltung als Bucheffekten publizieren (<https://www.admin.ch>).

die nicht innert Frist der Eintragungspflicht nachgekommen sind und von nicht börsenkotierte Gesellschaften, deren Inhaberaktien nicht als Bucheffekten ausgestaltet sind, werden von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt (Art. 3 i.V.m. Art. 4–9 ÜBest E-OR 2018).

b. Aufforderung an die nicht gemeldeten Inhaberaktionäre

Die aktienrechtliche Meldepflicht des Aktionärs beim Erwerb von Inhaberaktien (Art. 697i und 697k OR) soll aufgehoben werden.⁶⁸ Durch die Pflicht zur Ausgestaltung von Inhaberaktien als Bucheffekten bei nicht börsenkotierten Gesellschaften wird sie hinfällig.⁶⁹ Die Transparenz von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise an der Börse kotiert sind, ist bereits durch die Meldepflicht im FinfraG⁷⁰ gewährleistet (Art. 120 FinfraG).⁷¹ Bestehen bleiben und konkretisiert werden soll hingegen die aktienrechtliche Pflicht zur Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 697j OR).⁷²

Trotz der Aufhebung der Meldepflicht nach Art. 697i OR des bisherigen Rechts sind die Gesellschaften in einer ersten Phase verpflichtet, diejenigen Inhaberaktionäre, die ihre Meldepflicht nicht erfüllt haben, aufzufordern, dies nachzuholen (Art. 4 Abs. 1 ÜBest E-OR 2018). Die *Aufforderung zur Meldung* hat in Form besonderer Mitteilung oder – im Falle unbekannter Aktionäre – in der statutarisch vorgesehenen Form oder durch öffentliche Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu erfolgen (Art. 4 Abs. 2 ÜBest E-OR 2018). Die Aufforderung muss die Nummern der betroffenen Aktien und eine Rechtsbelehrung enthalten (Art. 4 Abs. 3 ÜBest E-OR 2018).⁷³ Die Gesellschaft hat keine Pflicht, aktiv nach Aktionären zu suchen, die sich nicht gemel-

det haben. Geht sie aber aufgrund der Ausübung von Aktionärsrechten in der Vergangenheit davon aus, dass eine Person Aktionär sein könnte, ist diese Person oder ein allfälliger der Gesellschaft bekannter Vertreter durch besondere Mitteilung aufzufordern. Bei Kenntnis eines Rechtsstreits über die Inhaberschaft an Aktien sind diejenigen Personen aufzufordern, die ihre Aktionärs-eigenschaft geltend machen.⁷⁴

c. Umwandlung von Gesetzes wegen

In einer zweiten Phase, nach einer Übergangsfrist von 18 Monaten ab Inkrafttreten der neuen Bestimmungen, werden die Inhaberaktien von nicht börsenkotierten Gesellschaften, die ihrer Eintragungspflicht nach Art. 622 Abs. 2^{bis} E-OR 2018 nicht nachgekommen sind, von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt (Art. 5 Abs. 1 ÜBest E-OR 2018). Nach der Umwandlung entsprechen die Statutenbestimmungen über das Aktienkapital nicht mehr der Realität. Das Handelsregisteramt ändert die Einträge von Amtes wegen und trägt eine Bemerkung betreffend die *Abweichung von den Statuten* ein. Diese bleibt bis zur nächsten Statutenänderung, bei der die Statuten grundsätzlich an die Umwandlung anzupassen sind,⁷⁵ eingetragen (Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, 2 und 4 ÜBest E-OR 2018).⁷⁶

Die Inhaberaktionäre, die der durch das GAFI-Gesetz eingeführten Meldepflicht nachgekommen sind, behalten ihre *Mitgliedschafts- und Vermögensrechte*. Die Gesellschaft ist verpflichtet, sie in das Aktienbuch einzutragen (Art. 7 Abs. 1 ÜBest E-OR 2018). Inhaberaktionären, die

ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73051.html, abgerufen am 1. Dezember 2018).

⁶⁸ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 22 Fn. 56.

⁶⁹ Durch die Pflicht zur Ausgestaltung als Bucheffekten ist die geforderte Transparenz auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften gewährleistet (siehe vorne Ziff. III.A.1).

⁷⁰ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (FinfraG, SR 958.1).

⁷¹ Vgl. Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 18 Fn. 44.

⁷² Siehe hierzu hinten Ziff. III.C.

⁷³ Eine Frist zur Meldung enthalten die Bestimmungen nicht. Meldet sich ein Aktionär erst nach der Umwandlung seiner Inhaberaktien in Namenaktien, kann er die Eintragung in das Aktienbuch gerichtlich beantragen (Art. 8 ÜBest E-OR 2018; siehe hierzu hinten Ziff. III.A.2.c).

⁷⁴ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 47. Die besondere Mitteilung ist aus Beweisgründen per Einschreiben oder gegebenenfalls in der statutarisch vorgeschriebenen Form zu verschicken. Erfolgt daraufhin keine Meldung, muss die Aufforderung im SHAB veröffentlicht werden.

⁷⁵ Eine Ausnahme von der Pflicht zur Statutenanpassung besteht für Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert sind oder deren umgewandelte Aktien als Bucheffekten ausgestaltet sind. Vorausgesetzt ist, dass die Generalversammlung die Rückumwandlung der umgewandelten Aktien in Inhaberaktien beschliesst ohne Anzahl, Nennwert oder Aktienkategorie zu ändern oder dass die Gesellschaft die Eintragung nach Art. 622 Abs. 2bis E-OR 2018 vornimmt (Art. 6 Abs. 3 ÜBest E-OR 2018).

⁷⁶ Gegenüber dem Vorentwurf 2018 wurde darauf verzichtet, den Gesellschaften nach der Umwandlung von Gesetzers wegen für die Statutenänderung eine Frist zu setzen. Die Umwandlung ist aufgrund der Änderung der Einträge von Amtes wegen im Handelsregister ersichtlich. Es entstehen somit keine zusätzlichen Kosten (zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz [Fn. 7], 48).

ihre Aktien erst kurz vor der Umwandlung, d.h. weniger als einen Monat davor, erworben haben, wird eine Frist von einem Monat ab dem Erwerb zur nachträglichen Meldung eingeräumt.⁷⁷ Demgegenüber werden die Mitgliedschaftsrechte der Inhaberaktionäre, welche die Meldepflicht nicht erfüllt haben, sistiert und die Vermögensrechte verwirkt (Art. 7 Abs. 2 ÜBest E-OR 2018). Sie können innert fünf Jahren nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen mit vorgängiger Zustimmung der Gesellschaft beim Gericht die Eintragung in das Aktienbuch beantragen (Art. 8 Abs. 1 ÜBest E-OR 2018).⁷⁸ Sollte sich die Gesellschaft der Eintragung widersetzen, müsste der Aktionär vorgängig gegen die Gesellschaft vorgehen, um seine Rechte anerkennen zu lassen.⁷⁹

Beim Verfahren zur nachträglichen Eintragung ins Aktienbuch handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁸⁰ Das Gericht entscheidet im *summarischen Verfahren*.⁸¹ Die Kosten hat der Antragsteller zu tragen (Art. 8 Abs. 2 ÜBest E-OR 2018). Ab dem Zeitpunkt der Mitteilung des gutheissenden Gerichtssentseids gegenüber der Gesellschaft kann der Aktionär seine Mitgliedschaftsrechte und Vermögensrechte wieder ausüben (Art. 8 Abs. 3 ÜBest E-OR 2018).

d. Endgültiger Verlust der Aktionärseigenschaft

In einer dritten Phase, nach Ablauf der fünfjährigen Frist zur Nachmeldung, verlieren untätige Aktionäre ihre Rechtsansprüche gegenüber der Gesellschaft endgültig. Sofern ein Aktionär fünf Jahre nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen weder der Aufforderung der Gesellschaft zur Meldung nachgekommen ist (Art. 4 ÜBest E-OR 2018), noch ein Gesuch um Eintragung im Aktienbuch gestellt hat (Art. 8 ÜBest E-OR 2018), hat die Gesellschaft beim Gericht die Vernichtung der nicht gemeldeten Aktien zu beantragen (Art. 9 Abs. 1 ÜBest E-OR 2018). Das Gericht entscheidet auch hier im summarischen Verfahren (Art. 9 Abs. 3 ÜBest E-OR 2018).⁸² Zeitpunkt des *Untergangs der Rechtsansprüche* der Aktionäre ist die Rechtskraft des Gerichtsurteils betreffend die Vernichtung (Art. 9 Abs. 3 ÜBest E-OR 2018).

Die Vernichtung der Aktien wird nur angeordnet, wenn die Gesellschaft die nicht gemeldeten Aktionäre nach Art. 4 ÜBest E-OR 2018 zur Erfüllung ihrer Meldepflicht angehalten hat. Ansonsten muss den Aktionären eine *neue Frist* für ein Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch gesetzt werden.⁸³ Unklar ist, ob diese Frist wiederum fünf Jahre beträgt. Um Anreize für eine Umgehung der Aufforderungspflicht zu vermeiden, dürfte die Frist wohl kürzer sein. Sollte die Gesellschaft die Aufforderung in rechtsmissbräuchlicher Weise unterlassen haben, ist fraglich, ob überhaupt eine Nachfrist gewährt werden soll. In diesem Falle würde der Aktionär seine Aktionärseigenschaft zwar letztlich verlieren. Kann er beweisen, dass ihm aufgrund der unterlassenen Aufforderung ein unmittelbarer Schaden entstanden ist, könnte er diesen Schaden aber immerhin mit einer Klage gegenüber der Gesellschaft gerichtlich geltend machen.⁸⁴

Anstelle der vernichteten Aktien gibt der Verwaltungsrat aus den an die Gesellschaft gefallenen Einlagen neue Aktien aus. Eine Statutenänderung oder eine Genehmigung durch die Generalversammlung ist nur nötig, wenn das Aktienkapital verändert wird. Die Gesellschaft kann im Rahmen der geltenden Vorschriften über die Aktien *frei verfügen*. Sie kann sie behalten, eine Ausschüttung an die Aktionäre vornehmen oder zum Zweck einer Kapitalherabsetzung vernichten.⁸⁵

Nach geltendem Recht sind die Vermögensrechte des Inhaberaktionärs im Falle der Nichteinhaltung der Meldepflichten verwirkt, leben jedoch nach erfolgter Meldung wieder auf (Art. 697m OR). Eine Massnahme zur *Unterbindung dieses Wiederauflebens* sei nach Ansicht des Bundesrates zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum aber unumgänglich.⁸⁶ Ausserdem dient das Verfahren denjenigen Gesellschaften, die sog. «Phantomaktionäre» loswerden wollen.⁸⁷ Verzichtet wurde auf ein

⁷⁷ Vgl. Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 49.

⁷⁸ Massgeblich für die Fristwahrung dürfte die Rechtshängigkeit der Sache sein.

⁷⁹ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 50.

⁸⁰ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 51.

⁸¹ Dies würde eine Ergänzung von Art. 250 lit. c ZPO verlangen.

⁸² Vgl. vorne Fn. 81. Auch hier wäre eine Ergänzung der ZPO notwendig.

⁸³ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 51.

⁸⁴ Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR. Der Schaden bestünde im Verlust der Möglichkeit, die Reaktivierung der Aktionärsrechte zu bewirken. Das Unterlassen der Aufforderung nach Art. 4 ÜBest E-OR 2018 wäre als Pflichtverletzung des Verwaltungsrats zu qualifizieren. Nicht einfach zu beweisen wäre vermutlich die adäquate Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden.

⁸⁵ Zum Ganzen siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 52. Der Nennwert der eigenen Aktien darf dabei die Schwelle von 10 Prozent des Aktienkapitals nicht überschreiten (Art. 659 Abs. 1 OR). Der überschreitende Anteil muss veräussert oder vernichtet werden.

⁸⁶ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 22.

⁸⁷ Zum damit verbundenen Problem von Blockaden siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 52 f.

im Rahmen der Vernehmlassung gefordertes Gerichtsverfahren für die Annullation der Titel und eine mehrmalige Publikation im SHAB. Dass mit Aktien verbundene Rechte nachträglich Änderungen erfahren oder gar aufgehoben werden, sei nicht aussergewöhnlich. Und eine analoge Anwendung des Verfahrens zur Kraftloserklärung von Wertpapieren komme nicht in Frage, weil es dabei um den Verlust des Wertpapiers und nicht um den Verlust des Rechts geht.⁸⁸

3. Inhaberaktien von börsenkotierten Gesellschaften

Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise an der Börse kotiert sind, trifft weiterhin keine Pflicht zur Ausgestaltung von Inhaberaktien als Bucheffekten (Art. 622 Abs. 1^{bis} E-OR 2018). Die Inhaberaktionäre trifft in dieser Konstellation sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* keine aktienrechtliche Pflicht zur Meldung des Erwerbs oder der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 697i und 697j OR bzw. Art. 697j E-OR 2018). Sie bleiben hingegen aufgrund kapitalmarktrechtlicher Vorschriften verpflichtet, der Gesellschaft und den Börsen Meldung zu erstatten. Diese Meldepflicht setzt aber erst ab einer Beteiligung über einem Grenzwert von 3 % der Stimmrechte ein (Art. 120 Abs. 1 FinfraG).

B. Erweiterung des Begriffs des Organisationsmangels

Der Tatbestand des Organisationsmangels nach Art. 731b OR soll erweitert werden. Erstens soll neu als *Organisationsmangel* gelten, wenn die Gesellschaft ihre Pflicht zur Führung des Aktienbuchs bzw. des Verzeichnisses der Inhaberaktionäre und wirtschaftlich berechtigten Personen verletzt. Zweitens soll auch ein Organisationsmangel vorliegen, wenn eine Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, ohne dass sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 und 4 E-OR 2018). Mit einer materiellen Ergänzung von Art. 731b OR soll in erster Linie den Aktionären (aber auch den Gläubigern und dem Handelsregisterführer) das Recht eingeräumt werden, die erforderlichen Massnahmen zu beantragen, wenn die Gesellschaft die Verzeichnisse nicht vorschriftsgemäss führt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 E-OR 2018). Das

Bestehen der Verzeichnisse und deren korrekte Führung seien für die Ausübung der Aktionärsrechte unerlässlich. Deshalb sei es ein Mangel, dass sich der Aktionär nach geltendem Recht nicht wehren kann, wenn der Verwaltungsrat der Pflicht zur Führung der Verzeichnisse nicht nachkommt. Dieser Mangel solle durch eine Erweiterung der Organisationsklage behoben werden. Für eine solche Klage gelte – trotz Verzicht auf eine formelle Nachführung von Art. 250 lit. c ZPO – das summarische Verfahren.⁸⁹

Der geltende Art. 731b OR wurde bereits im Rahmen der Revision der Handelsregisterverordnung (HRegV⁹⁰) angepasst, indem das Antragsrecht des Handelsregisterführers gestrichen wurde.⁹¹ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung der Vorlage wird dieser Widerspruch gelöst werden müssen.⁹²

C. Strafbestimmungen

Mit der Einführung von Strafbestimmungen für den Fall von Pflichtverletzungen soll die *Wirksamkeit des Sanktionensystems* erhöht werden. Zum einen macht sich ein Aktionär bzw. Gesellschafter strafbar, der vorsätzlich seinen gesetzlichen Meldepflichten nicht nachkommt (Art. 327 E-StGB 2018). Zum anderen soll auch eine AG, GmbH oder Genossenschaft mit Busse bestraft werden, wenn sie ihrer Pflicht zur Führung der Verzeichnisse zuwiderhandelt oder die damit verbundenen Pflichten verletzt (Art. 327a E-StGB 2018). Im Gegensatz zum Vorentwurf erfahren die gesellschaftsrechtliche Melde- und Registerführungspflicht eine Konkretisierung, um den in der Praxis aufgetretenen Problemen zu begegnen (vgl. Art. 697j, 697l, 790a E-OR 2018). So wird insbesondere definiert, wer als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist, wenn der Aktionär eine juristische Person, Personengesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft ist (Art. 697j Abs. 2 und 3 E-OR 2018).⁹³

Nach Ansicht des Bundesrates ist die strafrechtliche Sanktionierung der Pflichtverletzungen *erforderlich* zur Umsetzung der Vorgaben der GAFI und des Global Fo-

⁸⁸ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 53, mit den Vergleichen betreffend Kaduzierung (Art. 681 OR) und Vernichtung von Aktien im Falle einer Sanierung (Art. 732a OR).

⁸⁹ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 44.

⁹⁰ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2008 (HRegV, SR 221.411).

⁹¹ BBl 2017 2433 ff., 2441.

⁹² Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 43 f. Naheliegender erscheint es, auch in der vorliegenden Bestimmung das Antragsrecht des Handelsregisterführers zu streichen. Unterbleibt die Behebung des Mangels, könnte er nach einer beschlossenen Änderung von Art. 939 Abs. 2 OR immer noch eingreifen (BBl 2017 2438).

⁹³ Zu den Präzisierungen siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 40–43, 45.

rum. Gemäss den Bestimmungen des GAFI-Gesetzes hat eine Pflichtverletzung bislang einzig gesellschaftsrechtliche Konsequenzen.⁹⁴ Das schweizerische Recht kennt keine gesellschaftsrechtliche Aufsicht und keine allgemeine Revisionspflicht für die Gesellschaften. Deshalb dürfte es nach Ansicht des Bundesrates schwierig sein, bei den nächsten Länderüberprüfungen den Nachweis der Wirksamkeit der Bestimmungen betreffend die Transparenz bei juristischen Personen zu erbringen, wenn nicht strafrechtliche Sanktionen eingeführt werden. Die Strafbestimmungen im Entwurf 2018 sind angelehnt an die Vorschläge, die der Bundesrat im Rahmen des GAFI-Gesetzes vorgeschlagen hatte, die aber letztlich in der parlamentarischen Beratung verworfen wurden.⁹⁵

D. Zugriff auf Verzeichnis der Inhaber ausländischer Rechtseinheiten am Ort der tatsächlichen Verwaltung

Eine neue Bestimmung im Steueramtshilfegesetz sieht vor, dass Rechtseinheiten mit Hauptsitz im Ausland, die ihre *tatsächliche Verwaltung in der Schweiz* haben, am Ort der tatsächlichen Verwaltung ein Verzeichnis ihrer rechtlichen Inhaberinnen und Inhaber führen. Das Verzeichnis muss den Vor- und Nachnamen oder die Firma sowie die Adresse der Inhaber enthalten (Art. 22i^{bis} E-StAhiG 2018). Die Verzeichnispflicht gleicht die Pflichten für solche Rechtseinheiten den Pflichten von schweizerischen Gesellschaften an.⁹⁶ Es handelt sich dabei um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung keine Sanktionen nach sich zieht. Gegenüber dem Vorentwurf 2018 wurde der Zugriff auf Zweigniederlassungen ausländischer Rechtseinheiten mit «tatsächlicher Verwaltung»⁹⁷ in der Schweiz beschränkt.⁹⁸

Der Bundesrat geht mit Blick auf die Überprüfungen anderer Länder davon aus, dass die Umsetzung der Empfehlung betreffend Zweigniederlassungen von ausländi-

schen Unternehmen im Rahmen der Länderprüfung *weniger stark gewichtet* wird. Gleichwohl nimmt er an, dass die Erweiterung der Einsehbarkeit von Informationen über die betroffenen Gesellschaften mit Sitz ausserhalb der Schweiz bei der bevorstehenden Überprüfung von Nutzen sein wird.⁹⁹

E. Verworfenne Massnahmen

1. Erweiterung des Einsichtsrechts in Gesellschaftsregister und -verzeichnisse auf Behörden und Finanzintermediäre

Der Vorentwurf 2018 sah ein *Einsichtsrecht für Behörden und Finanzintermediäre* in die Verzeichnisse der Gesellschaft über die Beteiligungsrechte und die wirtschaftlich berechtigten Personen vor, sofern dies der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben dient (Art. 686 Abs. 6, Art. 790 Abs. 4 Ziff. 2, Art. 837 Abs. 3 und Art. 935 Abs. 3 VE-OR 2018). Aufgrund der Kritik im Rahmen der Vernehmlassung wurde jedoch darauf verzichtet.¹⁰⁰ Das Einsichtsrecht hätte den Behörden und Finanzintermediären erlaubt zu prüfen, ob die Verzeichnisse vorschriftsgemäss geführt werden und ob die Informationen mit den Angaben übereinstimmen, die ihnen von der Gesellschaft mitgeteilt wurden oder von denen sie anderweitig Kenntnis erlangt haben.¹⁰¹ Nicht vorgesehen war eine Erweiterung des Einsichtsrechts der Aktionäre. Diese haben *de lege lata* nur ein eingeschränktes Einsichtsrecht.¹⁰²

⁹⁴ Siehe vorne Ziff. II.A.2.

⁹⁵ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 24; vgl. Entwurf 2013 (Fn. 30), 712, und AmtlBull SR 2014, 172.

⁹⁶ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 26.

⁹⁷ Vgl. den Wortlaut der Empfehlung des Global Forum («effective management») in Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 143.

⁹⁸ Vgl. Art. 935 Abs. 3 VE-OR 2018. Die Verfügbarkeit der Informationen hätte ausserdem mit einer Bestimmung im Handelsregisterrecht sichergestellt werden sollen. Der Bevollmächtigte der schweizerischen Zweigniederlassung einer Firma mit Hauptsitz im Ausland wäre verpflichtet gewesen, Informationen über die Eigentümer an die Behörden und Finanzintermediäre weiterzuleiten.

⁹⁹ Zum Ganzen siehe Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 12 f. Vgl. aber Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 26, in der der Bundesrat davon ausgeht, Art. 22i^{bis} E-StAhiG 2018 sei zur Umsetzung der Empfehlung des Global Forum unabdingbar. Zur besagten Empfehlung siehe vorne Ziff. II.B.1 Fn. 42.

¹⁰⁰ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 14; vgl. Ergebnisbericht Vernehmlassung (Fn. 55), 17 f.

¹⁰¹ Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 19.

¹⁰² Sie haben einen datenschutzrechtlichen Anspruch auf Auskunft über eigene Verzeichniseinträge (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 lit. a DSGVO). Fremde Einträge können nur eingesehen werden, wenn dies zur Wahrung der Mitgliedschaftsrechte erforderlich ist und keine schutzwürdigen Gesellschaftsinteressen gefährdet werden (Art. 697 Abs. 2 Satz 1 und 2 OR). Siehe hierzu BÖCKLI (Fn. 1), § 6 N 329, 365 ff., § 12 N 158; ZK-BÜRGI, Art. 685 OR N 27; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 686 N 8; EGGLE (Fn. 29), N 884 ff.; SPOERLÉ (Fn. 1), N 1014; CR CO II-TRIGO TRINDADE, Art. 686 N 40. Vgl. demgegenüber zu den weitergehenden Einsichtsrechten der Gesellschafter einer GmbH und der Genossenschafter in die jeweiligen Verzeichnisse Art. 790 Abs. 4 OR bzw. Art. 857 Abs. 2 und 3 OR; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 790 N 9; LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die

2. Pflicht zur Führung eines Kontos bei einer schweizerischen Bank

Mit einer neuen Bestimmung im Rechnungslegungsrecht hätten Einzelunternehmen ab einem bestimmten Umsatzerlös, Personengesellschaften, juristische Personen und Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Hauptsitz im Ausland verpflichtet werden sollen, ein *Konto bei einer schweizerischen Bank* zu führen (Art. 958g VE-OR 2018). Dadurch wären die Gesellschaften im Anwendungsbe- reich der Pflichten zur Geldwäschereibekämpfung ge- wesen.¹⁰³ Die Bank, bei der das Konto eröffnet wird, wäre als Finanzintermediär verpflichtet gewesen, die Vertrags- partei zu identifizieren und die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen (Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG¹⁰⁴).

Zweck dieser Bestimmung wäre die *Erhöhung der Verlässlichkeit der Informationen in den Verzeichnissen* der Gesellschaft gewesen.¹⁰⁵ Aufgrund der Kritik im Rahmen der Vernehmlassung wurde aber auch auf diese Massnah- me verzichtet.¹⁰⁶

IV. Kritische Würdigung des Entwurfs zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum

Wie bereits festgehalten wurde, lassen insbesondere die Empfehlungen des Global Forum den Staaten einen ge- wissen Ermessensspielraum bei der Umsetzung.¹⁰⁷ Die Frage, wie der Gesetzgeber dieses Ermessen ausüben soll, ist politischer Natur.¹⁰⁸ Brisant ist die Thematik der Unter-

zeichnung und Umsetzung von «*soft law*» in der Schweiz insbesondere vor dem Hintergrund aktueller politischer Diskussionen.¹⁰⁹ Hingegen ist die Frage, ob eine vorge- schlagene gesetzgeberische Massnahme vor dem Hinter- grund der Empfehlungen verhältnismässig ist, rechtlicher Natur. Zur Beantwortung dieser Frage werden die ausge- wählten Elemente des Entwurfs 2018 und die verworfe- nen Massnahmen des Vorentwurfs 2018 mit den Empfeh- lungen des Global Forum verglichen (A. bis E.).

A. Verhältnismässige Einschränkung der Zulässigkeit von Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Gesellschaften

Mit der im Vorentwurf 2018 vorgeschlagenen Abschaf- fung der Inhaberaktien für nicht börsennotierte Gesell- schaften hätte der Bundesrat eine *Kehrtwende* von den bisherigen Entwicklungen vollzogen. Der Gesetzgeber hat sich im Jahre 2005 gegen die (vollständige) Abschaffung der Inhaberaktien ausgesprochen.¹¹⁰ Aus diesem Grund verzichtete der Bundesrat auch beim Vorentwurf 2013 und dem Entwurf 2013 zum GAFI-Gesetz auf einen er- neuen Vorschlag zur Abschaffung dieser Aktienform.¹¹¹ Weder das Global Forum noch die GAFI-Empfehlungen schreiben eine Abschaffung der Inhaberaktien vor. Im Sinne der Beständigkeit ist zu begrüssen, dass der Bun- desrat mit der Möglichkeit, Inhaberaktien als Bucheffek- ten auszugestalten, eine Alternative zur einschneidenden Abschaffung der Inhaberaktien vorschlägt.¹¹²

Die Möglichkeit der Ausgestaltung von Inhaberakti- en als Bucheffekten ist *geeignet*, die geforderte Transpa- renz hinsichtlich der Identität der Inhaberaktionäre zu

neue GmbH, Zürich 2006, § 5 N 75; OFK-NATSCH, Art. 881 OR N 9; BSK OR II-WEBER, Art. 857 N 3.

¹⁰³ Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 9 f.

¹⁰⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz) vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0).

¹⁰⁵ Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 9 f. m.w.H. Der Finanzintermediär hätte in diesem Fall eine indirekte Kontrolle über die durch die Gesellschaft zu führenden Verzeichnisse ausüben können. Er hätte die nach den Regeln des GwG erhobenen Informationen mit den Informationen in den Verzeichnissen abgleichen können.

¹⁰⁶ Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 14; vgl. Ergebnisber- richt Vernehmlassung (Fn. 55), 15 ff.

¹⁰⁷ Siehe vorne Ziff. II.B.1.

¹⁰⁸ Deswegen haben gewisse Personen bzw. Institutionen auf eine Stellungnahme verzichtet. Siehe z.B. Vernehmlassung Schwei- zerischer Notarenverband, 1; Vernehmlassung Bundesverwal- tungsgericht, 1. Die Stellungnahmen interessierter Kreise, der Kantone und der Parteien sind allesamt abrufbar unter <https://www.admin.ch> → Bundesrecht → Vernehmlassungen → Ab- geschlossene Vernehmlassungen → 2013 → EFD → Umset- zung der Empfehlungen des Global Forum über die Trans-

parenz juristischer Personen und den Informationsaustausch im Bericht zur Phase 2 der Schweiz → Stellungnahmen in- teressierter Kreise, Stellungnahmen Kantone, Stellungnahmen Parteien, abgerufen am 1. Dezember 2018. In folgenden Ver- weisen auf Vernehmlassungen wird auf die Wiederholung des Pfads verzichtet.

¹⁰⁹ Vgl. beispielhaft zur Diskussion hinsichtlich des UNO-Migra- tionspakts, der ebenfalls «*soft law*» ist, CHRISTOF FORSTER, Migrationspakt in der Warteschlange, NZZ vom 22. Novem- ber 2018, 1.

¹¹⁰ Siehe vorne Ziff. II.A.1.

¹¹¹ Siehe vorne Ziff. II.A.2 Fn. 31.

¹¹² Es ist davon auszugehen, dass einige Gesellschaften nach Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes gestützt auf die neuen Be- stimmungen Dispositionen getroffen haben, namentlich ihre Inhaberaktien in Bucheffekten umgewandelt haben. Mit der Abschaffung der Inhaberaktien wäre deren Vertrauen in die Beständigkeit des Rechtssystems und letztlich die Rechtssi- cherheit verletzt worden (zum Gesagten siehe GLANZMANN/ SPOERLÉ [Fn. 63], 91; Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 2; Vernehmlassung Homburger AG, 7).

gewährleisten.¹¹³ Der Lösungsansatz der Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten ist von der OECD ausdrücklich als angemessen anerkannt.¹¹⁴ Nach Ansicht des Bundesrates würde mit dieser Massnahme ein starkes Signal gegenüber dem Global Forum gesendet. Zwar sei sie eine Abkehr vom System der Melde- und Verzeichnispflichten. Sie stelle aber sicher, dass die Identifikation von Inhaberaktionären nach der nächsten Länderüberprüfung des Global Forum für die Schweiz kein Thema mehr ist.¹¹⁵

Gleichwohl erscheint die Einschränkung der Zulässigkeit von Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Gesellschaften verfrüht, weil die *Wirksamkeit* der mit dem GAFI-Gesetz eingeführten Melde- und Registerführungspflichten *noch nicht überprüft* worden ist. Die Länderüberprüfung des Global Forum enthält zwar eine Statistik zu den Gesuchen um Informationsaustausch, die die Schweiz erhalten hat. So hat die Schweiz während der letzten Überprüfungsperiode ungefähr 78 Gesuche erhalten, welche die Identität von Inhaberaktionären betrafen. Die Informationen waren in zirka 85% der Fälle erhältlich. In allen anderen Fällen konnten die nötigen Informationen gemäss Angaben anderer Staaten nicht übermittelt werden. Die besagten Gesuche wurden allerdings allesamt vor Inkraftsetzung des GAFI-Gesetzes gestellt.¹¹⁶ Sie sagen demnach nichts zur Wirksamkeit der neu eingeführten Melde- und Registerführungspflichten. Bevor weitere einschneidende Massnahmen ergriffen werden, wäre eigentlich zunächst eine Überprüfung der Wirksamkeit der geltenden Regeln durchzuführen.¹¹⁷

Es ist somit zumindest zweifelhaft, ob die Pflicht zur Ausgestaltung von Inhaberaktien als Bucheffekten *erforderlich* ist zur Gewährleistung der geforderten Transpa-

renz bei juristischen Personen. Die Anreize zur Einhaltung der aktienrechtlichen Meldepflichten, zur Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien oder zur Immobiliensicherung werden bereits durch die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen gesetzt. Seit der Einführung der Bestimmungen des GAFI-Gesetzes ist die Anzahl der Inhaberaktien rückläufig. Über tausend Gesellschaften haben ihre Inhaberaktien gemäss einer Schätzung des Bundesamtes für Justiz freiwillig in Namenaktien umgewandelt.¹¹⁸ In Wirklichkeit dürfte diese Schätzung gar zu niedrig sein. Seit 2014 ist der Anteil von Aktiengesellschaften, deren Kapital aus Inhaberaktien besteht, von rund 30 auf 23% gesunken. In absoluten Zahlen gibt es heute rund 8000 Aktiengesellschaften weniger, deren Aktienkapital aus Inhaberaktien besteht, als noch vor vier Jahren.¹¹⁹ Weitere Anreize würden mit der Einführung der vorgeschlagenen Strafbestimmungen gesetzt. Es wäre deshalb gar nicht nötig, auf die Pflicht zur Ausgestaltung von Inhaberaktien als Bucheffekten zurückzugreifen.¹²⁰ Ein milderer Mittel zur Umsetzung der Vorgaben wäre eine Klausel zur Besitzstandswahrung für bestehende Inhaberaktionäre (sog. «*grandfathering*»).¹²¹ Solche Klauseln sind international erprobt.¹²² Flankiert mit angemessenen Sanktionen wäre wohl auch das geltende System mit den Melde- und Verzeichnispflichten geeignet, die nötige Transparenz zu schaffen. Ausserdem kann über eine zukünftige Benotung der Schweiz ohnehin nur gemutmasst werden. Die vorgeschlagene Massnahme erscheint deshalb zumindest nicht ohne Weiteres erforderlich zur Erhöhung der Transparenz bei juristischen Personen. Immerhin ist einzuräumen, dass bei den besagten mildereren Massnahmen die Feststellung der Identität von Inhaberaktionären nicht in jedem Fall sichergestellt ist.

Geht man von der Erforderlichkeit aus, müsste die Massnahme auch verhältnismässig im engeren Sinne sein. Zu begrüssen ist, dass das Verfahren betreffend den

¹¹³ Zur Erhältlichkeit der Informationen über die Rechtszuständigkeit an Bucheffekten siehe vorne Ziff. III.A.1.

¹¹⁴ Siehe vorne Ziff. II.B.1, Fn. 39. Auch andere wichtige Finanzplätze, wie namentlich UK, USA, Singapur, Hongkong, Belgien und Österreich haben die Inhaberaktien abgeschafft oder immobilisiert (Botschaft Global Forum-Gesetz [Fn. 7], 22).

¹¹⁵ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 21 f.

¹¹⁶ Zum Gesagten siehe Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 55.

¹¹⁷ Zum Gesagten siehe GUIDO E. URBACH/CÉCILE S. MAIER, Schweizer Bankkontopflicht für Gesellschaften, Jusletter 9. April 2018, N 51; Vernehmlassung Homburger AG, 7. A.M. HENRY PETER/FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, Réflexions critiques sur l'adoption par la Suisse des normes du GAFI en matière de transparence des sociétés: du bricolage législatif à l'abolition des actions au porteur?, SZW 2017, 322 ff., 334 f., die sich bereits nach Inkrafttreten des GAFI-Gesetzes (siehe vorne Ziff. II.A.2) für die gänzliche Abschaffung der Inhaberaktien ausgesprochen haben.

¹¹⁸ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum Gesetz (Fn. 7), 62. Vgl. die Statistik aus dem Jahre 2014 in SPOERLÉ (Fn. 1), N 47.

¹¹⁹ Zum Gesagten siehe die Statistik hinten im Anhang; vgl. SPOERLÉ (Fn. 1), N 47.

¹²⁰ Zu den Strafbestimmungen siehe hinten Ziff. IV.C.

¹²¹ Stellungnahme KMU-Forum vom 18. April 2018, 2, abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch> → Standortförderung → KMU-Politik → KMU-Forum → Stellungnahmen → Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum, abgerufen am 1. Dezember 2018; Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 1 f.; Vernehmlassung Homburger AG, 7; Vernehmlassung Universität de Genève, Ziff. II.1.

¹²² Stellungnahme KMU-Forum (Fn. 121), 1 f., wonach Deutschland, die USA und Singapur sogenannte «*grandfather clauses*» im Zusammenhang mit Inhaberaktionären kennen.

Verlust der Rechtsansprüche säumiger Inhaberaktionäre gegenüber dem Vorentwurf 2018 verbessert wurde.¹²³ Zur Verbesserung trägt insbesondere die Pflicht der Verwaltungsräte bei, säumige Aktionäre aufzufordern, sich zu melden.¹²⁴ Im Weiteren gewährleistet die Verlängerung der Fristen und der Einbezug des Gerichts einen gewissen Standard von Verfahrensgarantien und Rechtfertigungsmöglichkeiten. Trotzdem steht der drohende endgültige Verlust der Aktionärserschaft in einem Spannungsfeld mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie. Diese gewährleistet dem Einzelnen in ihrer Form als Wertgarantie vollen Ausgleich für den Wertverlust aufgrund einer Enteignung (Art. 26 Abs. 2 BV).¹²⁵ Der vorgesehene entschädigungslose Rechtsverlust steht somit im Konflikt mit dem *Kerngehalt der Eigentumsgarantie* und ist deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich.¹²⁶ Deshalb wäre das Verfahren so zu ergänzen, dass den säumigen Aktionären zumindest eine Entschädigung für den Verlust ihrer Rechte garantiert wird.¹²⁷ Dann wäre die vorgesehene Pflicht zur Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten wohl auch im engeren Sinne verhältnismässig.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Pflicht zur Ausgestaltung von Inhaberaktien als Bucheffekten von den internationalen Organisationen zwar nicht explizit gefordert wird, aber immerhin ein anerkanntes Beispiel für die Herstellung von Transparenz betreffend die Identität von Inhaberaktionären ist. Die Erhöhung der Transparenz bei juristischen Personen könnte durchaus mit *milderen Mitteln* erreicht werden.¹²⁸ Nur ist die Identifikation der Inhaberaktionäre dann nicht in jedem

Fall sichergestellt. Art. 622 Abs. 1^{bis} E-OR 2018 ist somit wohl insgesamt verhältnismässig. Um das verfassungsrechtliche Spannungsfeld der Regelung betreffend den Rechtsverlust säumiger Aktionäre zu lösen, wäre ein System vorzusehen, das den Aktionären zumindest während einer bestimmten Frist eine Entschädigung für ihren endgültigen Rechtsverlust garantiert.

B. Unverhältnismässige Erweiterung des Begriffs des Organisationsmangels

Die Erweiterung des Begriffs des Organisationsmangels ist angesichts der *potenziell weitreichenden Konsequenzen* einer Organisationsklage und vor dem Hintergrund der weiteren bestehenden und vorgesehenen Sanktionen nicht verhältnismässig.¹²⁹ Das Organisationsmängelverfahren sollte vor dem Hintergrund der weitreichenden Rechtsfolgen für Fälle schwerwiegender bzw. grundlegender Organisationsmängel vorbehalten sein, deren Behebung im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs liegt. Ein nicht vorhandenes oder nicht vorschriftsgemäss¹³⁰ geführtes Aktienbuch gehört nicht dazu.¹³¹

Ausserdem ist das *Missbrauchspotenzial* bei einer Erweiterung des Klagerechts gross. Im Rahmen eines Organisationsmängelverfahrens könnte die Gesellschaft verpflichtet werden, das Aktienbuch zu edieren, um so an Informationen zur Eigentümerstruktur zu gelangen.¹³² Ist mit der Bestimmung gemeint, dass die Verzeichnisse stets die materielle Rechtslage wiedergeben müssen, könnte eine unterbliebene Meldung eines Aktionärs zu einer Organisationsklage führen. Zudem besteht zumindest theoretisch die Gefahr, dass das Gericht eine unverhältnismässige Massnahme – *in extremis* die Auflösung der Gesellschaft – anordnet. Deshalb sollte von einer Erweiterung von Art. 731b OR abgesehen werden, auf jeden Fall wenn zusätzlich strafrechtliche Sanktionen eingeführt werden.¹³³

C. Zweifelhafte Erforderlichkeit strafrechtlicher Sanktionen

Die im Wirtschaftsrecht allgemein feststellbare Tendenz zur Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen wird

¹²³ Zur Regelung siehe vorne Ziff. III.A.2; vgl. Art. 3 Abs. 3 ÜBest VE-OR 2018.

¹²⁴ Vgl. zur Kritik an Art. 3 Abs. 3 ÜBest VE-OR 2018 GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 96.

¹²⁵ BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 79 ff.

¹²⁶ So auch Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 10 f., in der auf weitere Folgeprobleme im Zusammenhang mit der Enteignung (z.B. die Rechtsfolgen im Falle einer nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Enteignung) hingewiesen wird. Zurückhaltender: Vernehmlassung Homburger AG, 7, in der die Bestimmung als «verfassungsrechtlich bedenklich» bezeichnet wird.

¹²⁷ Vgl. z.B. die Regelung in Belgien, wonach sich säumige Aktionäre ihren Anteil am Verkaufserlös ihrer alten Aktien noch rund zehn Jahre nach dem Verkauf rückerstatten lassen können (Botschaft Global Forum-Gesetz [Fn. 7], 36).

¹²⁸ Im Sinne einer milderen Massnahme könnte namentlich auf eine Revision der Bestimmung verzichtet und versucht werden, die Wirksamkeit der Melde- und Registerführungspflicht anderweitig nachzuweisen. Dieser Nachweis liesse sich mit der Einführung strafrechtlicher Sanktionen wohl einfacher erbringen, ist aber auch mit den heute geltenden gesellschaftsrechtlichen Sanktionen nicht unmöglich.

¹²⁹ Zur Bestimmung siehe vorne Ziff. IV.B.

¹³⁰ Immerhin wurde der irreführende Begriff «rechtmässig» im Vorentwurf 2018 ersetzt. Vgl. zum Vorentwurf 2018 GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 104.

¹³¹ Vernehmlassung SVIG, 3.

¹³² Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 7.

¹³³ Zum Ganzen siehe GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 104 f.; Vernehmlassung SAV, 6.

insbesondere vor dem Hintergrund fehlender Wirksamkeitsnachweise kritisiert.¹³⁴ Unklar ist auch im vorliegenden Fall, ob die Einführung strafrechtlicher Sanktionen für den Fall der Verletzung der Melde- und Registerführungspflichten *erforderlich* ist.¹³⁵ Ausdrücklich gefordert wird die Einführung strafrechtlicher Sanktionen vom Global Forum jedenfalls nicht. Verlangt wird lediglich ein wirksames System zur Überprüfung der Registerführungspflicht und ein angemessenes Verfahren zur Feststellung der Identität der Inhaberaktionäre und der wirtschaftlich berechtigten Personen.¹³⁶ Diese Zielsetzungen können aber auch mit rein gesellschaftsrechtlichen Sanktionen, wie den Melde- und Registerführungspflichten des GAFI-Gesetzes, erreicht werden. Insbesondere vor dem Hintergrund des drohenden Rechtsverlusts bei unterbliebener Meldung dürften die vorgeschlagenen Regeln des Global Forum-Gesetzes auch ohne flankierende strafrechtliche Sanktionen geeignet sein, die geforderte Transparenz herzustellen. Strafrechtliche Sanktionen sind somit zur Einhaltung der Vorgaben des Global Forum nicht zwingend erforderlich.

Ohnehin ist die *Wirksamkeit* der durch das GAFI-Gesetz eingeführten Meldepflichten noch *zu überprüfen*. Bei der letzten Überprüfung durch das Global Forum wurden die neu eingeführten Pflichten noch nicht berücksichtigt.¹³⁷ Sollte die Schweiz nachweisen können, dass die 2015 eingeführten Bestimmungen zu einer wesentlichen Verbesserung der Erhältlichkeit der Informationen beigetragen haben, wären die Empfehlungen des Global Forum wohl weitgehend erfüllt. Bis dahin sollte mit der Einführung einschneidender strafrechtlicher Sanktionen zur Wahrung der Verhältnismässigkeit noch zugewartet werden. Werden die strafrechtlichen Sanktionen dennoch eingeführt, sollte auf privatrechtliche Sanktionen und eine Erweiterung der Organisationsklage verzichtet werden.¹³⁸

D. Verhältnismässiger Zugriff auf Verzeichnis der Inhaber ausländischer Rechtseinheiten am Ort der tatsächlichen Verwaltung

Die vorgeschlagene Massnahme betreffend den Zugriff auf das Verzeichnis der rechtlichen Inhaber einer Rechtseinheit mit Sitz im Ausland aber Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz geht – anders als noch die Bestimmung im Vorentwurf 2018 – nicht über die Vorgaben des Global Forum hinaus.¹³⁹ Die Vorgaben des Global Forum verlangen lediglich den Zugriff auf die Verzeichnisse bei Zweigniederlassung ausländischer Unternehmen mit *tatsächlicher Verwaltung und Niederlassung in der Schweiz*.¹⁴⁰ Der Anwendungsbereich der gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten erstreckt sich nur auf Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz. Die Erhältlichkeit von Eigentumsinformationen von ausländischen Gesellschaften bedarf einer spezifischen gesetzlichen Grundlage.¹⁴¹ Es ist davon auszugehen, dass das Recht im Staat, in dem sich die Hauptverwaltung befindet, aufgrund der Empfehlungen des Global Forum analoge Informationsmöglichkeiten kennt.¹⁴² Auch die systematische Einordnung der Bestimmung im StAhiG ist richtig, weil sie die Erhöhung der Transparenz zu Steuerzwecken bezweckt und es letztlich um eine Frage der internationalen Steueramthilfe geht.¹⁴³ Dadurch wird auch verhindert, dass die zur Vertretung in der Schweiz befugte Person sich selbständig um die Erhältlichkeit der Informationen kümmern muss.¹⁴⁴ Aus diesen Gründen ist die Beschränkung der Verzeichnispflicht auf Zweigniederlassungen von ausländischen Gesellschaften, die ihre tatsächliche Verwaltung

¹³⁴ STEFAN HÄRTNER, Pönalisierung von Verstössen gegen die Verhaltensregeln am *Point of Sale*, in: Canapa/Landolt/Müller (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Zürich 2018 (= APARIUZ Nr. XIX), 243 ff., 258 ff., 267; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE (Fn. 3), § 10 N 279 ff.; vgl. zur schwierigen Messung präventiver Wirkung von Strafen im Allgemeinen RETO HEIZMANN, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Bern 2015, § 2 N 41 ff.

¹³⁵ Zur vorgeschlagenen Regelung siehe vorne Ziff. III.C.

¹³⁶ Siehe vorne Ziff. II.B.1.

¹³⁷ Siehe vorne Ziff. IV.A.

¹³⁸ Zum Ganzen vgl. GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 105 f.; Vernehmlassung EXPERTSuisse, 4; Vernehmlassung Schellenberg Wittmer, 4 ff. und Vernehmlassung SVIG, 3, in denen geltend gemacht wird, die Strafbestimmungen verstossen gegen das Bestimmtheitsgebot. Zumindest hinsichtlich der Bestimmtheit bringt der Entwurf 2018 gegenüber dem Vorentwurf 2018 gewisse Verbesserungen mit sich (vgl. vorne Ziff. III.C).

¹³⁹ Zur vorgeschlagenen Regelung siehe vorne Ziff. III.D.

¹⁴⁰ Siehe vorne Ziff. II.B.1. Vgl. Art. 935 Abs. 3 VE-OR 2018, der auf jede Zweigniederlassung ausländischer Gesellschaften in der Schweiz anwendbar gewesen wäre und nicht nur auf diejenigen mit tatsächlicher Verwaltung in der Schweiz.

¹⁴¹ Zum Gesagten siehe Botschaft Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 26.

¹⁴² Vgl. zur Bestimmung im Vorentwurf 2018 GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 102; Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 8; Vernehmlassung SAV, 7. Unverhältnismässig wäre die Pflicht für eine Gesellschaft, wenn das Recht im Staat, in dem sich deren Hauptverwaltung befindet, keine analogen Informationsmöglichkeiten kennen würde.

¹⁴³ Die Regelung im Vorentwurf 2018 wäre nicht angemessen gewesen. So war insbesondere fraglich, weshalb ein Bevollmächtigter, der in keiner gesellschaftsrechtlichen Beziehung zur Gesellschaft steht, Zugriff auf die sensiblen Informationen über die Aktionäre und die wirtschaftlich berechtigten Personen erhalten soll (vgl. Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 8; Vernehmlassung Schellenberg Wittmer, 6).

¹⁴⁴ Vgl. Art. 935 Abs. 3 VE-OR 2018; GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 102.

in der Schweiz haben, verhältnismässig. Damit ist die Erhältlichkeit der Eigentumsinformationen der betroffenen ausländischen Gesellschaften sichergestellt.¹⁴⁵

E. Verworfenne Massnahmen

1. Überschliessendes Einsichtsrecht von Behörden und Finanzintermediären

Das im Rahmen des Vorentwurfs 2018 vorgeschlagene umfassende Einsichtsrecht von Behörden und Finanzintermediären in die Verzeichnisse der Gesellschaft wäre sowohl in persönlicher als auch sachlicher Hinsicht zu weit und über die Vorgaben des Global Forum und der GAFI hinausgegangen.¹⁴⁶ Dass im Rahmen des Entwurfs 2018 darauf verzichtet wurde, ist zu begrüssen.

Das Einsichtsrecht für Behörden und Finanzintermediäre ist nicht erforderlich zur Gewährleistung der geforderten Transparenz. *Bereits nach geltendem Recht* muss der Steuerbehörde der Zugang zu den Verzeichnissen gewährt werden. Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Gesellschaft aufgrund der Mitwirkungspflicht im Rahmen des steuerrechtlichen Veranlagungsverfahrens (Art. 42 StHG¹⁴⁷) verpflichtet, identifikatorische Informationen über die Aktionäre offenzulegen.¹⁴⁸ Im Rahmen der letzten GAFI-Länderprüfung wurde sodann auch ausdrücklich anerkannt, dass der Zugang der jeweils zuständigen Behörden zu den notwendigen Informationen betreffend juristische Personen gewährleistet ist.¹⁴⁹ Den Strafverfolgungsbehörden wird der Zugriff im Rahmen der strafprozessualen Vorschriften gewährt.¹⁵⁰ Auch weiteren Behörden kommt unter gewissen Umständen ein Einsichtsrecht zu.¹⁵¹ Finanzintermediäre müssen und dürfen im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht von den Gesellschaften weitere Informationen verlangen, sofern begrün-

dete Zweifel an der Richtigkeit der gemachten Angaben bestehen.¹⁵² Nach einem Vorschlag des Bundesrates zur Änderung des GwG vom Juni 2018 (im Folgenden: VE-GwG 2018) soll die Prüfungspflicht der Finanzintermediäre gar ausgeweitet werden.¹⁵³ Die Statuierung eines Einsichtsrechts im OR ist deshalb nicht erforderlich.

Ausserdem hätte eine derart pauschal gefasste Norm gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verstossen.¹⁵⁴ In persönlicher Hinsicht wäre eine *Beschränkung auf die Steuerbehörde* angemessen gewesen. So hätte der grundsätzlich private Charakter des Aktienbuchs im Einklang mit den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts gewahrt werden können.¹⁵⁵ In sachlicher Hinsicht hätte das Einsichtsrecht auf Fälle beschränkt werden müssen, in denen es zur Erfüllung gesetzlicher Aufgaben erforderlich ist.¹⁵⁶

2. Sachfremde Pflicht zur Führung eines Kontos bei einer schweizerischen Bank

Die im Vorentwurf 2018 vorgesehene Bankkontopflicht wäre *nicht geeignet und nicht erforderlich* gewesen zur Verbesserung der Transparenz bei juristischen Personen. Deshalb ist es zu begrüssen, dass der Bundesrat im Rahmen des Entwurfs 2018 darauf verzichtet hat.

An der *Eignung* hätte es gefehlt, weil die Einhaltung der Bankkontopflicht wohl kaum überprüft worden wäre. Banken haben weder eine Pflicht zur Überprüfung der Vollständigkeit der Informationen noch eine Anzeigepflicht.¹⁵⁷ Vielmehr dürfen sie sich im Rahmen ihrer Pflichten nach dem GwG auf die erhaltenen Angaben ver-

¹⁴⁵ Zum Zugriff auf das Aktienbuch bzw. das Verzeichnis nach Art. 697f OR siehe LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, 42 ff., 45.

¹⁴⁶ Zur verworfenen Regelung siehe vorne Ziff. III.E.1.

¹⁴⁷ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14).

¹⁴⁸ BGer 2C_201/2014 (2. Dezember 2014), E. 6.2, 6.4, 8.1 f.; EGLE (Fn. 29), N 136; vgl. zur Mitwirkungspflicht MARTIN ZWEIFEL/SILVIA HUNZIKER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, StHG, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 42 N 4. Die Offenlegung der Informationen muss zur Veranlagung der Gesellschaft geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

¹⁴⁹ Mutual Evaluation Report of Switzerland 2016 (Fn. 16), 132 f. Dabei geht es um die Strafverfolgungsbehörden in Geldwäschereiverfahren.

¹⁵⁰ Siehe hierzu EGLE (Fn. 29), N 890 ff.

¹⁵¹ EGLE (Fn. 29), N 900.

¹⁵² SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 48; EGLE (Fn. 29), N 90; 368.

¹⁵³ Nach dem Vorschlag des Bundesrates muss der Finanzintermediär die erhaltenen Angaben zur wirtschaftlich berechtigten Person künftig in jedem Fall überprüfen (Art. 4 Abs. 1 VE-GwG 2018). Siehe auch Erläuternder Bericht vom 1. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Erläuternder Bericht Änderung GwG), 14, abrufbar unter <https://www.admin.ch> → Bundesrecht → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2018 → EFD → Änderung des Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung → Bericht, abgerufen am 1. Dezember 2018.

¹⁵⁴ EGLE (Fn. 29), N 90, 900 f.

¹⁵⁵ Vgl. Vernehmlassung SAV, 2.

¹⁵⁶ Zum Ganzen siehe GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 100. Vgl. die unklare Formulierung in Art. 686 Abs. 6, Art. 790 Abs. 4 Ziff. 2, Art. 837 Abs. 3 und Art. 935 Abs. 3 VE-OR 2018 («so weit dies der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben dient»).

¹⁵⁷ Zum Gesagten siehe Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 9; Vernehmlassung Université de Genève, Ziff. II.9.

lassen, sofern keine Zweifel an deren Richtigkeit bestehen. Die Angaben zu den wirtschaftlich berechtigten Personen müssen im Rahmen der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Plausibilität geprüft werden.¹⁵⁸ Auch haben sie bislang keine Pflicht, mit einer betroffenen Gesellschaft eine Bankkundenbeziehung einzugehen.¹⁵⁹ An der *Erforderlichkeit* hätte es gefehlt, weil die Vorschriften des StAhiG die Transparenz und den Zugriff auf die Informationen zu den Eigentümern bereits angemessen sicherstellen.¹⁶⁰

Darüber hinaus wäre der *persönliche Anwendungsbereich* der Bankkontopflicht zu weit gefasst gewesen. Die Pflicht hätte auch einfache Gesellschaften, nicht oder noch nicht im Handelsregister eingetragene Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Vereine ohne wirtschaftlichen Zweck getroffen. Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen haben allerdings gar keine Registerführungspflicht. Und bei Genossenschaften gibt es aufgrund des Kopfstimmrechts und der Mindestanzahl Genossenschafter keine wirtschaftlich berechtigten Personen im Sinne der GAFI-Empfehlungen. Der persönliche Anwendungsbereich wäre dementsprechend überschüssig und somit unverhältnismässig gewesen.¹⁶¹

Des Weiteren wäre die Einführung einer Bankkontopflicht unverhältnismässig gewesen, weil sie *vom Global Forum nicht verlangt* wird.¹⁶² Beim Vergleich mit anderen Staaten zeigt sich, dass die Pflicht, über ein Konto bei einer inländischen Bank verfügen zu müssen, mit einer Ausnahme international einmalig wäre. Einzig Indien kennt eine Bankkontopflicht im Steuerrecht. In anderen Rechtsordnungen führten faktische Zwänge im

Geschäftsverkehr zum selben Ergebnis.¹⁶³ Der Bundesrat machte im Erläuternden Bericht zwar geltend, das Global Forum habe die Auffassung vertreten, im Falle des Fehlens einer generellen Bankkontopflicht sei die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen nicht in allen Fällen garantiert.¹⁶⁴ Eine Empfehlung zur Einführung eines solchen Kontrahierungszwangs findet sich allerdings im Bericht des Global Forum nicht.¹⁶⁵ Auch hat kein weiterer Staat im Zuge der Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum oder der GAFI eine Bankkontopflicht eingeführt.¹⁶⁶ Auch ins schweizerische Recht passt eine solche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit nicht. Das Festhalten an Art. 958g VE-OR 2018 wäre ein gesetzgeberischer Alleingang und angesichts der Empfehlungen des Global Forum unverhältnismässig gewesen.

Und schliesslich wäre die Einordnung der Bankkontopflicht im Obligationenrecht sachfremd gewesen. Mit der Pflicht zur Führung eines Kontos bei einer schweizerischen Bank hätte ein Bezug zwischen dem Gesellschaftsrecht und den Regeln zur Geldwäschereiprävention im Finanzmarktrecht hergestellt werden sollen.¹⁶⁷ Sie hätte somit letztlich dem *Zweck der Geldwäschereibekämpfung* gedient. Zusammen mit dem Einsichtsrecht für Finanzintermediäre hätten Banken verpflichtet werden sollen, die Übereinstimmung der im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung erhobenen Informationen mit den Angaben in den Verzeichnissen zu überprüfen. Eine solche Kontroll- bzw. Aufsichtsfunktion der Banken im Obligationenrecht bezüglich der Verzeichnisse der Gesellschaften wäre sachfremd gewesen.¹⁶⁸

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, wäre die Einführung einer Bankkontopflicht im OR sachfremd, international ein gesetzgeberisches Unikum und unverhältnismässig gewesen. Es ist deshalb zu begrüssen, dass im Entwurf 2018 darauf verzichtet wurde.

V. Zusammenfassung und Fazit

Bereits vor dem Vorentwurf 2018 zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum stand die Transparenz bei juristischen Personen und insbesondere bei Gesellschaften mit *Inhaberaktien international in Kritik*. Die

¹⁵⁸ Zum Gesagten siehe SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 48; vgl. Botschaft vom 17. Juni 1996 zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG), BBl 1996 1101 ff., 1125; EGLE (Fn. 29), N 90, 368; DANIEL ZUBERBÜHLER, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei? Sicht eines Bankaufsehers, in: Pieth (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel et al. 1992, 29 ff., 47. Die Prüfungspflicht der Finanzintermediäre könnte gemäss einem Vorschlag des Bundesrates zur Revision des GwG in naher Zukunft ausgeweitet werden (siehe vorne Fn. 153).

¹⁵⁹ EGLE (Fn. 29), N 368, der auf den Grundversorgungsauftrag der Postfinance AG hinweist, gleichzeitig aber festhält, dass kein Kontrahierungszwang besteht; GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 103; Vernehmlassung SAV, 8; Vernehmlassung Université de Genève, Ziff. II.9; Vernehmlassung Vischer AG, 2.

¹⁶⁰ Zum Ganzen siehe URBACH/MAIER (Fn. 117), N 29; Vernehmlassung Bär & Karrer AG, 9; Vernehmlassung SAV, 7 f.

¹⁶¹ Zum Gesagten siehe Botschaft GAFI-Gesetz (Fn. 11), 665 f.; GLANZMANN/SPOERLÉ (Fn. 63), 102 f. Zur besagten GAFI-Empfehlung siehe Recommandations GAFI (Fn. 20), Nr. 24.

¹⁶² Vgl. Peer Review Report Phase 2 – Switzerland (Fn. 16), 143 f.

¹⁶³ Zum Gesagten siehe Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 18.

¹⁶⁴ Erläuternder Bericht Global Forum-Gesetz (Fn. 7), 18, allerdings ohne Nachweis.

¹⁶⁵ Siehe vorne Fn. 163.

¹⁶⁶ URBACH/MAIER (Fn. 117), N 29.

¹⁶⁷ Siehe vorne Ziff. III.E.2.

¹⁶⁸ Zum Gesagten siehe URBACH/MAIER (Fn. 117), N 36 ff.

Schweiz reagierte auf diese Kritik mit dem Erlass des GAFI-Gesetzes und führte mitunter Meldepflichten für Inhaberaktionäre und Registerführungspflichten für die Gesellschaften ein. Gleichwohl vermochten diese Massnahmen die Bedenken der internationalen Organisationen – insbesondere der GAFI und des Global Forum – nicht gänzlich auszuräumen. Im Rahmen der letzten Länderüberprüfung durch das Global Forum wurden bezüglich der Transparenz von juristischen Personen drei Empfehlungen abgegeben: Erstens solle die Schweiz angemessene Verfahren zur Berichterstattung vorsehen, damit die Feststellung der Identität von Inhaberaktionären jederzeit sichergestellt ist. Zweitens solle die Schweiz Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften mit tatsächlicher Verwaltung in der Schweiz zur Offenlegung verpflichten. Und drittens solle die Schweiz ein wirksames System zur Überwachung der Pflicht zur Führung der Verzeichnisse vorsehen.¹⁶⁹

Zur Umsetzung dieser Empfehlungen gab der Bundesrat im Januar 2018 einen Vorentwurf mit diversen gesetzgeberischen Massnahmen in Vernehmlassung. Aufgrund der Kritik im Rahmen der Vernehmlassung verzichtete der Bundesrat im Entwurf 2018 auf die Abschaffung von Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Gesellschaften. Als Alternative wird vorgesehen, dass Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sein können.

Der Entwurf 2018 enthält die folgenden Kernelemente: Eine Einschränkung der Zulässigkeit von Inhaberaktien bei nicht börsenkotierten Gesellschaften im besagten Sinne, ein Verfahren zur Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien von Gesetzes wegen, eine Erweiterung des Begriffs des Organisationsmangels, die Einführung von Strafbestimmungen für den Fall der Verletzung der Melde- und Registerführungspflichten sowie die eine Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses der Inhaberaktionäre für Zweigniederlassungen ausländischer Rechtseinheiten mit tatsächlicher Verwaltung in der Schweiz. Verzichtet wurde hingegen auf die unverhältnismässige Erweiterung des Einsichtsrechts in die Register der Gesellschaft auf Behörden und Finanzintermediäre und die Einführung einer sachfremden Pflicht zur Führung eines Kontos bei einer schweizerischen Bank.¹⁷⁰

Ein Vergleich der vorgeschlagenen Massnahmen mit den Empfehlungen des Global Forum hat ergeben, dass einige der Massnahmen im Hinblick auf die Erhöhung der Transparenz juristischer Personen unverhältnismässig sind.¹⁷¹ Meines Erachtens könnten die Empfehlung des

Global Forum insbesondere mit folgenden *weniger weitreichenden Massnahmen* umgesetzt werden:

- Erstens sollte das Verfahren zur Umwandlung der Inhaberaktien so ergänzt werden, dass den noch nicht identifizierten Inhaberaktionären eine Entschädigung für den Verlust ihrer Aktionärsenschaft garantiert wird. In jedem Fall dürften die Aktien den Inhabern nicht ohne Möglichkeit auf eine Entschädigung während einer bestimmten Frist entzogen werden.¹⁷²
- Zweitens kann auf die Erweiterung des Tatbestands des Organisationsmangels verzichtet werden. Die Aktionäre selbst haben nur ein eingeschränktes Einsichtsrecht ins Aktienbuch. Die Gläubiger haben ebenfalls kein Einsichtsrecht und auch der Handelsregisterführer im Rahmen der ordentlichen Geschäfte nicht. Die praktische Bedeutung der Bestimmung dürfte gering bleiben, weil kaum jemand davon Kenntnis haben wird, inwieweit das Aktienbuch korrekt geführt wird.¹⁷³
- Drittens sollte von der Einführung strafrechtlicher Sanktionen abgesehen werden. Stattdessen ist die Wirksamkeit der gesellschaftsrechtlichen Sanktionen, die vom Global Forum noch nicht überprüft wurde, im Hinblick auf die nächste Länderprüfung mit Statistiken zu belegen.¹⁷⁴

Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussionen zur Umsetzung von «*soft law*» wird es spannend sein zu sehen, inwieweit der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Vorschläge des Bundesrats zu den Empfehlungen des Global Forum seinen Ermessensspielraum ausschöpft.¹⁷⁵ Das Parlament hat es in der Hand, ob das Global Forum-Gesetz ein verhältnismässiges Mittel zur Erhöhung der Transparenz juristischer Personen oder ein «Swiss Finish» wird.

¹⁶⁹ Zum Ganzen siehe vorne Ziff. II.

¹⁷⁰ Zum Ganzen siehe vorne Ziff. III und IV.E.

¹⁷¹ Im Einzelnen siehe vorne Ziff. IV.

¹⁷² Zum Gesagten siehe vorne Ziff. IV.A.

¹⁷³ Zum Gesagten siehe vorne Ziff. IV.B.

¹⁷⁴ Siehe vorne Ziff. IV.C.

¹⁷⁵ Die Vorlage soll im Frühjahr 2019 in die parlamentarische Beratung kommen (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73051.html>, abgerufen am 1. Dezember 2018).

VI. Anhang – Statistik Aktienarten in der Schweiz¹⁷⁵

Kanton	Total Gesellschaften	Inhaberaktien		Namenaktien		Inhaber- und Namen- aktien		Keine Angaben	
		effektiv	in %	effektiv	in %	effektiv	in %	effektiv	in %
AG	11'034	897	8,1%	9'857	89,3%	6	0,1%	274	2,5%
AI	907	244	26,9%	630	69,5%	1	0,1%	32	3,5%
AR	2'011	433	21,5%	1'530	76,1%	0	0,0%	48	2,4%
BE	16'533	776	4,7%	15'361	92,9%	4	0,0%	392	2,4%
BL	4'815	526	10,9%	4'159	86,4%	1	0,0%	129	2,7%
BS	4'177	626	15,0%	3'409	81,6%	3	0,1%	139	3,3%
FR	6'359	1'499	23,6%	4'478	70,4%	7	0,1%	375	5,9%
GE	16'089	6'474	40,2%	8'218	51,1%	252	1,6%	1'145	7,1%
GL	1'246	286	23,0%	898	72,1%	0	0,0%	62	5,0%
GR	6'068	1'356	22,3%	4'442	73,2%	7	0,1%	263	4,3%
JU	1'647	309	18,8%	1'262	76,6%	2	0,1%	74	4,5%
LU	9'728	1'029	10,6%	8'496	87,3%	7	0,1%	196	2,0%
NE	2'994	369	12,3%	2'461	82,2%	10	0,3%	154	5,1%
NW	2'342	552	23,6%	1'739	74,3%	2	0,1%	49	2,1%
OW	1'824	413	22,6%	1'389	76,2%	2	0,1%	20	1,1%
SG	11'562	1'569	13,6%	9'673	83,7%	8	0,1%	312	2,7%
SH	1'619	250	15,4%	1'334	82,4%	0	0,0%	35	2,2%
SO	4'219	292	6,9%	3'845	91,1%	1	0,0%	81	1,9%
SZ	7'106	1'443	20,3%	5'514	77,6%	9	0,1%	140	2,0%
TG	5'764	640	11,1%	4'975	86,3%	5	0,1%	144	2,5%
TI	15'520	11'363	73,2%	2'799	18,0%	21	0,1%	1'337	8,6%
UR	669	133	19,9%	524	78,3%	0	0,0%	12	1,8%
VD	13'896	3'166	22,8%	9'831	70,7%	24	0,2%	875	6,3%
VS	8'021	1'808	22,5%	5'703	71,1%	8	0,1%	502	6,3%
ZG	16'683	5'184	31,1%	11'230	67,3%	34	0,2%	235	1,4%
ZH	32'400	4'727	14,6%	26'729	82,5%	25	0,1%	919	2,8%
Total	205'233	46'364	22,6%	150'486	73,3%	439	0,2%	7'944	3,9%

¹⁷⁶ Stand: 18. Juli 2018 (Zahlen auf eine Stelle nach dem Komma gerundet). Die Daten wurden zur Verfügung gestellt von Bisnode D&B Schweiz AG. Für Richtigkeit und Vollständigkeit wird keine Gewähr übernommen. Berücksichtigt wurden nur die geschäftlich aktiven Aktiengesellschaften. Gemäss Statistik des EHRA waren per 1. Januar 2018 215 194 Aktiengesellschaften in den schweizerischen Handelsregistern eingetragen (<https://ehra.fenceit.ch>, → Statistiken, → 2017 Handelsregister-Statistik).