

Mitteilung der Offenlegungsstelle

I/18

Meldepflicht der zur Stimmrechtsausübung nach freiem Ermessen berechtigten Person gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG

Datum vom 20. September 2018

Zusammenfassung:

Der Meldepflicht nach Art. 120 Abs. 3 FinfraG unterliegt eine Person, wenn sie Stimmrechte nach freiem Ermessen ausüben kann und sie sich ausserhalb der Beherrschungskette des an den Beteiligungspapieren wirtschaftlich Berechtigten befindet.

Beim Vorliegen direkter oder indirekter Beherrschung kann die Meldepflicht alternativ im Sinne eines Wahlrechts durch die beherrschende Person («letztes Glied der Kette») auf konsolidierter Basis erfüllt werden (Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA).

Art. 120 Abs. 3 FinfraG ist nicht auf Beteiligungsderivate anwendbar.

1. Einleitung

Mit Art. 120 Abs. 3 FinfraG wurde eine zusätzliche gesetzliche Meldepflicht für Personen eingeführt, welche Stimmrechte nach freiem Ermessen ausüben können (parallel zur Meldepflicht des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 120 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA).

Die Meldepflichten nach Art. 120 Abs. 1 FinfraG und nach Art. 120 Abs. 3 FinfraG bestehen parallel¹. Der wirtschaftlich Berechtigte bleibt somit in jedem Fall unverändert meldepflichtig, unabhängig davon, ob eine andere Person Stimmrechte nach freiem Ermessen im Sinne von Art. 120 Abs. 3 FinfraG ausüben kann.

Im Zusammenhang mit der Bestimmung zu den kollektiven Kapitalanlagen gemäss Art. 18 FinfraV-FINMA ist festzuhalten, dass sich diese Meldepflichten auf Art. 120 Abs. 1 FinfraG beziehen (siehe Art. 18 Abs. 1 FinfraV-FINMA: «Die Meldepflichten gemäss Artikel 120 Absatz 1 FinfraG [...]»). Art. 120 Abs. 3 FinfraG kann somit auf Beteiligungen, welche von kollektiven Kapitalanlagen gehalten werden, parallel anwendbar sein (beispielsweise wenn eine Fondsleitung die Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen an eine Person ausserhalb ihrer Beherrschungskette delegiert).

2. Voraussetzungen von Art. 120 Abs. 3 FinfraG

(i) Berechtigung zur Ausübung von Stimmrechten nach freiem Ermessen

Freies Ermessen setzt voraus, dass die Ermächtigung zur Stimmrechtsausübung nicht nur das rechtliche «Können» sondern auch das «Dürfen» mit einschliesst.² Dies bedeutet, dass keine Ermächtigung zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen im Sinne von Art. 120 Abs. 3 FinfraG vorliegt, wenn die wirtschaftlich berechtigte Partei Instruktionen hinsichtlich der Ausübung der Stimmrechte erteilt.³

Eine Person ist in der Stimmrechtsausübung insbesondere dann frei, wenn sie die Stimmrechte ohne Rücksprache mit dem wirtschaftlich Berechtigten ausüben kann, nicht an die Anträge des Verwaltungsrats der Gesellschaft gebunden ist, deren Aktien kotiert sind, und auch keine anderen Vorgaben zu berücksichtigen hat.

Nimmt der wirtschaftlich Berechtigte, der die Ermächtigung zur Ausübung der Stimmrechte an einen Dritten erteilt, durch Instruktionen Einfluss auf die Stimmrechtsausübung, liegt bei diesem Dritten kein freies Ermessen vor. In diesem Fall besteht keine Meldepflicht des zur Stimmrechtsausübung Ermächtigten.

¹ Bericht der FINMA über die Anhörung vom 20. August bis 2. Oktober 2015 zum Entwurf der FinfraV-FINMA, S. 19.

² Bericht der FINMA über die Anhörung vom 20. August bis 2. Oktober 2015 zum Entwurf der FinfraV-FINMA, S. 22.

³ Bericht der FINMA über die Anhörung vom 20. August bis 2. Oktober 2015 zum Entwurf der FinfraV-FINMA, S. 22.

(ii) Person ausserhalb der Beherrschungskette des wirtschaftlich Berechtigten

Eine Voraussetzung für eine Meldepflicht ist gemäss Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA, dass die Stimmrechte nicht direkt oder indirekt durch die wirtschaftlich berechtigte Person ausgeübt werden. Das bedeutet, dass die Meldepflicht gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG nur für Personen bestehen kann, die sich ausserhalb der Beherrschungskette der wirtschaftlich berechtigten Person befinden.⁴

Werden die Stimmrechte beispielsweise durch eine Tochtergesellschaft der wirtschaftlich berechtigten Person ausgeübt, entsteht keine Meldepflicht gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG. Der wirtschaftlich Berechtigte kann somit die Stimmrechte innerhalb «seines» Konzerns frei delegieren, ohne dass dadurch Meldepflichten ausgelöst werden.

3. Meldepflichtige Person (Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA)

Subjekt der Meldepflicht von Art. 120 Abs. 3 FinfraG ist, wer über die Ausübung der Stimmrechte tatsächlich entscheiden kann.⁵ Dies bedeutet, dass nicht automatisch diejenige Person meldepflichtig ist, an welche die Ausübung der Stimmrechte formell übertragen wurde.⁶ Insbesondere wenn diese Person direkt oder indirekt beherrscht wird (Konzernverhältnisse), gilt es zu prüfen, bei wem tatsächlich ein Ausübungsermessen vorliegt.

Wird diejenige Person, an welche die Ausübung der Stimmrechte formell übertragen wurde, direkt oder indirekt beherrscht, kann die Meldepflicht alternativ im Sinne eines Wahlrechts durch die beherrschende Person («letztes Glied der Kette») auf konsolidierter Basis erfüllt werden (Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA). Dies hat zur Konsequenz, dass auch alle weiteren Stimmrechte betreffend desselben Emittenten, welche durch beherrschte Gesellschaften nach freiem Ermessen ausgeübt werden können sowie allfällige weitere Positionen (Beteiligungspapiere und Beteiligungsderivate), von der beherrschenden Person zusammengerechnet und konsolidiert gemeldet werden müssen.

Meldungen auf konsolidierter Basis sind mit einem entsprechenden Hinweis zu versehen (siehe nachfolgend einen Ausschnitt aus dem von der Offenlegungsstelle zur Verfügung gestellten Meldeformular):

Im Fall einer Meldung gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG (siehe auch Teil 4 Ziffer 3):
Die Meldung erfolgt konsolidiert im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FinfraV-FINMA:

Ja, konsolidiert. Nein, durch die zur Ausübung nach freiem Ermessen ermächtigte Person.

Mit einer konsolidierten Meldung durch die beherrschende Person werden die beherrschten Gesellschaften von ihrer Meldepflicht befreit und müssen eigene Grenzwerttangierungen nicht mehr offenlegen. Ein Wechsel zu einem nicht mehr konsolidierten Meldesystem bedarf gegebenenfalls einer Offenlegungsmeldung der beherrschenden Person (Meldung des Unterschreitens von 3 Prozent der Stimmrechte).⁷

4. Entstehen der Meldepflicht

Bei einer Meldung von Stimmrechten gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG handelt es sich nicht um eine Meldung aufgrund eines Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfts, weshalb Art. 13 Abs. 1 FinfraV-FINMA nicht einschlägig ist. Es gilt also nicht generell der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts als Zeitpunkt, an welchem die Meldepflicht entsteht.

⁴ Bericht der FINMA über die Anhörung vom 20. August bis 2. Oktober 2015 zum Entwurf der FinfraV-FINMA, S. 21.

⁵ Erläuterungsbericht zur Teilrevision der FinfraV-FINMA vom 22. August 2016, S.4.

⁶ Erläuterungsbericht zur Teilrevision der FinfraV-FINMA vom 22. August 2016, S.5.

⁷ Bericht der FINMA über die Anhörung vom 22. August bis 3. Oktober 2016 zur Teilrevision der FinfraV-FINMA, S. 10.

Art. 120 Abs. 3 FinfraG ist erst dann anwendbar, wenn Stimmrechte tatsächlich ausgeübt werden können. Massgeblich ist demnach nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses betreffend Entstehen der Meldepflicht, sondern der Zeitpunkt, ab welchem eine solche Berechtigung, die Stimmrechte nach freiem Ermessen auszuüben, gilt und ab dem Zeitpunkt, ab dem auch tatsächlich abgestimmt werden könnte, beispielsweise anlässlich einer Generalversammlung.

Eine einmalige Ermächtigung zur Ausübung von Stimmrechten an einer Generalversammlung führt nicht zu einer Meldepflicht (vgl. Art. 120 Abs. 5 FinfraG)⁸.

Im Zusammenhang mit Pfandverträgen ist Folgendes festzuhalten: Die Verpfändung von Beteiligungspapieren ist in der FinfraV-FINMA nicht explizit geregelt. Bei Abschluss eines Pfandvertrags betreffend Namenaktien entsteht praxisgemäss für keine der Parteien eine Meldepflicht, solange der Pfandgläubiger nicht zur Stimmrechtsausübung ermächtigt ist.

Wird der Pfandgläubiger zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen ermächtigt (beispielsweise bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses), kann Art. 120 Abs. 3 FinfraG zur Anwendung gelangen und für den Pfandgläubiger mit Entstehung dieser tatsächlichen Möglichkeit der Stimmrechtsausübung nach freiem Ermessen eine Meldepflicht entstehen (parallel zur weiterhin bestehenden Meldepflicht für den Pfandschuldner nach Art. 120 Abs. 1 FinfraG).

5. Inhalt der Meldungen

Beteiligungsderivate vermitteln keine Stimmrechte, solange sie nicht ausgeübt und dadurch Aktien erworben werden. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, dass eine Drittpartei zur Ausübung von Stimmrechten nach freiem Ermessen betreffend Beteiligungsderivate im Sinne von Art. 15 FinfraV-FINMA ermächtigt werden kann. Somit ist Art. 120 Abs. 3 FinfraG nicht auf Beteiligungsderivate, sondern ausschliesslich auf Aktien und aktienähnliche Anteile anwendbar.



Diese Mitteilung wurde vor ihrer Veröffentlichung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA zur Kenntnis gebracht.

⁸ Bericht der FINMA über die Anhörung vom 20. August bis 2. Oktober 2015 zum Entwurf der FinfraV-FINMA, S. 22.