

Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht

Erfahrungen in der Praxis

30. September 2016

Dr. iur. Philip Spoerlé





1

Das GAFI-Gesetz: Ein Überblick

2

Ausgewählte Fragen und Problemfelder

3

Auswirkungen auf die Transaktionsberatung

4

Fazit und Ausblick

Das GAFI-Gesetz: Ein Überblick

Überblick



1

Meldepflichten

2

Verzeichnisführungspflichten

3

Sanktionen

Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien

Gegenstand	Meldepflichtiger Tatbestand	Inhalt	Weitere Modalitäten	Ausnahmen
<input type="checkbox"/> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Inhaberaktien sowie -PS <input type="checkbox"/> Nicht: Genussscheine / Forderungspapiere / Call- und Put-Optionen 	<input type="checkbox"/> Erwerb des Vollrechts oder Nutzniessung <input type="checkbox"/> Auch: Fiduziarischer Erwerb / Erwerb bei Kapitalerhöhung / Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung <input type="checkbox"/> Übergangsrecht: Halten von vor 1.7.15 erworbenen Inhaberaktien	<input type="checkbox"/> Erwerb und Anzahl Titel <input type="checkbox"/> Vor- und Nachname bzw. Firma und Adresse sowie Änderungen dieser Angaben	<input type="checkbox"/> Nachweis des Besitzes <input type="checkbox"/> Identifizierung durch Ausweis-papier oder Handelsregisterauszug <input type="checkbox"/> Meldung innert eines Monats nach Erwerb / Übergangsrechtlich: Innert sechs Monaten nach Inkrafttreten	<input type="checkbox"/> Anteile in Form von Bucheffekten bei Verwahrungsstelle in CH <input type="checkbox"/> Gesellschaft ist börsenkotiert (nicht zwingend meldepflichtige Titel)

Meldung des wirtschaftlich Berechtigten

Gegenstand	Meldepflichtiger Tatbestand	Inhalt	Weitere Modalitäten	Ausnahmen
<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Inhaber- und Namenaktien sowie -PS / GmbH-Stammanteile <input type="checkbox"/> Nicht: Genussscheine / Forderungspapiere / Call- und Put-Optionen 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Erwerb des Vollrechts oder Nutzniessung und Erreichen oder Überschreiten von 25% des Kapitals oder der Stimmen <input type="checkbox"/> Erwerb alleine oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten <input type="checkbox"/> Übergangsrecht: Halten einer massgeblichen Beteiligung an vor 1.7.15 erworbenen Inhaberaktien bzw. -PS 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Vor- und Nachname sowie Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person sowie Änderung dieser Angaben <input type="checkbox"/> Wirtschaftlich berechtigte Person kann nur natürliche Person sein <input type="checkbox"/> Nicht: Identifizierungsnachweise in Bezug auf wirtschaftlich berechtigte Person 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Meldung innert eines Monats nach Erwerb / Übergangsrechtlich: Innert sechs Monaten nach Inkrafttreten bei Inhabertitel 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Anteile in Form von Bucheffekten bei Verwahrungsstelle in CH <input type="checkbox"/> Gesellschaft ist börsenkotiert (nicht zwingend meldepflichtige Titel)

Verzeichnisführungspflicht

Anzahl, Form und Wirkung des Verzeichnisses

Anzahl und Form der Verzeichnisse

- Verzeichnis der Inhaberaktionäre und -partizipanten sowie der wirtschaftlich Berechtigten
- Kombination der beiden Verzeichnisse (bei Inhaberaktien oder -PS) oder Kombination mit Aktien- bzw. Stammanteilsbuch (bei Namenaktien oder -PS bzw. Stammanteilen) möglich
- Führung elektronisch oder in Papierform

Modalitäten der Eintragung

- Gesellschaft (VR oder GF sofern nicht delegiert) ist grundsätzlich verzeichnisführungspflichtig; bei Inhaberaktien kann sowohl Meldungserhalt als auch Verzeichnisführung an einen Finanzintermediär delegiert werden
- Eintragung darf nur basierend auf Meldung vorgenommen werden

Wirkungen der Verzeichnisse

- Keine konstitutive Wirkung des Verzeichniseintrags
- Für Legitimation ist nach wie vor Titelbesitz nachzuweisen (bei Inhaberaktien oder -PS) bzw. Eintragung im Aktien- bzw. Stammanteilsbuch erforderlich (bei Namenaktien oder -PS)
- Neben Legitimation tritt Vornahme der Meldung und Erfüllung des Besitzesnachweises und der Identifikationspflichten

Verzeichnisführungspflicht

Inhalt des Verzeichnisses (I)

Beispiel: Kombination des Inhaberaktionärsregisters mit Verzeichnis über wirtschaftlich berechnigte Personen

Ref.	Aktionär (Name, Adresse)	Nationalität / Geburtsdatum	Zertifikat Nr.	Anzahl Aktien (Aktien-Nr.)	Nennwert je Aktie	Datum des Erwerbs	Wirtschaftlich berechnigte Person(en)	Datum der Notifikation	Bemerkungen	Ersetzt durch
1.	Hans Muster Bahnhofstrasse 2 8001 Zürich Schweiz	Schweizer / 1.9.1968	1	2'000 (Nr. 1-2'000)	CHF 100.00	1.5.2000	Hans Muster Bahnhofstrasse 1 8001 Zürich Schweiz	1.7.2015		
2.	Muster Holding AG Bahnhofstrasse 1 8001 Zürich Schweiz	AG nach Schweizer Recht	2	250 (Nr. 2'000- 2'250)	CHF 100.00	20.7.2005	-	2.7.2015		

Verzeichnisführungspflicht

Inhalt des Verzeichnisses (II)

Beispiel: Kombination des Verzeichnisses über wirtschaftlich berechnigte Personen mit Aktienbuch nach OR 686

Ref.	Aktionär (Name, Adresse)	Zertifikat Nr.	Anzahl Aktien (Aktien-Nr.)	Nennwert je Aktie	Datum des Erwerbs	Wirtschaftlich berechnigte Person(en)	Datum der Notifikation	Bemerkungen	Ersetzt durch
1.	Muster Holding AG Bahnhofstrasse 1 8001 Zürich Schweiz	1	100'000 (nr. 1-100'000)	CHF 10.00	1.8.2015	Keine (Muster Holding AG, die direkt 100% des Kapitals der Gesellschaft hält, ist an der SIX Swiss Exchange kotiert. Die bedeutenden Beteiligungen an letzterer sind unter www.six-swiss-exchange.com verfügbar. Gegenwärtig halten folgende natürliche Personen (allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten) 25% oder mehr des Kapitals oder der Stimmrechte an der Muster Holding AG: Samuel Meier, Beispielstrasse 1, 8001 Zürich.)	2.8.2015	-	

- Bei der Führung des Aktienbuchs als Anteilsstellenregister ist Kombination mit Verzeichnis über die wirtschaftlich berechnigten Personen nicht sinnvoll
- Abhängig von der konkreten Gesellschaft kann auch eine separate Führung des Verzeichnisses über die wirtschaftlich berechnigten Personen sinnvoll sein; in der Praxis hat sich soweit ersichtlich jedoch die Führung eines kombinierten Verzeichnisses etabliert

Sanktionen

Suspendierung der Mitwirkungsrechte

Mitwirkungsrechte

- Solange der Erwerb von Inhaberaktien bzw. die wirtschaftlich berechnigte(n) Person(en) nicht gemeldet wurden, sind Mitwirkungsrechte suspendiert
- Im Zusammenhang mit der Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person(en) betrifft Suspendierung sämtliche vom Gesellschafter gehaltenen Anteile
- Mitwirkungsrechte umfassen insbesondere Recht auf Teilnahme an der GV, Stimmrecht sowie Informations- und Schutzrechte

Konsequenzen bei Missachtung

- Jeder Gesellschafter kann gegen Teilnahme einer suspendierten Person an der GV Einspruch erheben (OR 691)
- Unter Mitwirkung des Nichtberechtigten gefasste GV-Beschlüsse oder vollzogene Wahlen sind anfechtbar (OR 691 III bzw. OR 808c i.V.m. 691 III)
- Grundsatz der Anfechtbarkeit (und nicht der Nichtigkeit) muss auch dann gelten, wenn Mitwirkungsrechte sämtlicher Teilnehmer suspendiert sind

Sanktionen

Sistierung und Verwirkung der Vermögensrechte

Vermögensrechte

- Solange der Erwerb von Inhaberaktien bzw. die wirtschaftlich berechnigte(n) Person(en) nicht gemeldet wurden, bleiben Vermögensrechte sistiert
- Wird Meldung nicht innert 1 Mt. nach dem Erwerb – bzw. 6 Mt. nach Inkrafttreten (Inhaberaktien) – vorgenommen, sind die bis zur Meldung entstehenden Vermögensrechte verwirkt
- Vermögensrechte umfassen insbesondere Dividenden, aber auch Vorwegzeichnungs- und Bezugsrechte, das Recht auf Anteil am Liquidationsüberschuss und etwaige Bauzinsen

Konsequenzen bei Missachtung

- Trotz Sistierung oder Verwirkung ausbezahlte finanzielle Leistungen (insbesondere Dividenden) sind rückforderbar (OR 678 I bzw. OR 800 i.V.m. OR 678 I)
- Zugeteilte und ausgeübte Bezugs- und Vorwegzeichnungsrechte bleiben m.E. gültig

Sanktionen

Verantwortlichkeit der Leitungsorgane

Durchsetzungspflicht

- Leitungsorgane sind verantwortlich, dass kein Gesellschafter seine Rechte unter Verletzung der Meldepflichten ausübt
- Massnahme 1: Keine Zahlung von Dividenden und anderen finanziellen Leistungen an nichtmeldende Gesellschafter
- Massnahme 2: Legitimationsprüfung vor der Durchführung der General- bzw. Gesellschafterversammlung

Verantwortlichkeit

- Leitungsorgane können für etwaige Schäden verantwortlich gemacht werden (OR 754 bzw. OR 827 i.V.m. OR 754)

Belegaufbewahrung und Verzeichniszugang

Aufbewahrung von Belegen

- Gegenstand: Meldungen selbst sowie allfällige Identifizierungs- und Besitzesnachweise
- Aufbewahrungsdauer: 10 Jahren nach Streichung aus Verzeichnis
- Zuständigkeit: Grundsätzlich die Gesellschaft

Zugang zum Verzeichnis

- Jederzeitiger Zugriff in der Schweiz muss gewährleistet sein
- Zugriff auf Belege ist m.E. nicht sicherzustellen
- Zugriffsberechtigter muss Wohnsitz in der Schweiz haben und Mitglied des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsführung oder Direktor sein

Ausgewählte Fragen und Problemfelder

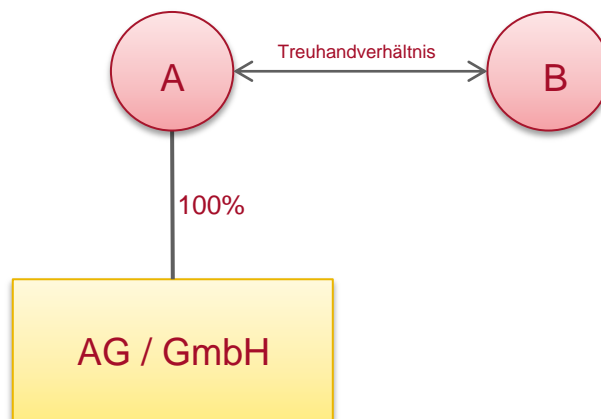
Person des wirtschaftlich
Berechtigten

Grundlagen

- Gesetzliche Regelung
 - Anknüpfung der Meldepflicht an den Erwerber bei Erreichung oder Überschreitung des Grenzwerts von 25% des Kapitals oder der Stimmen
 - Wirtschaftlich berechtigte Person als «natürliche Person, für die der Erwerber letztendlich handelt»
- Problematik
 - Äusserst auslegungsbedürftige Regelung
 - Der im Vorentwurf enthaltene Verweis auf VE-GwG 2a IV, der auf die Kontrolle der juristischen Person abstellt, fiel im Gesetzgebungsprozess weg
 - Besondere Probleme bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen

Fiduziarische Rechtsverhältnisse

Klassische Treuhand



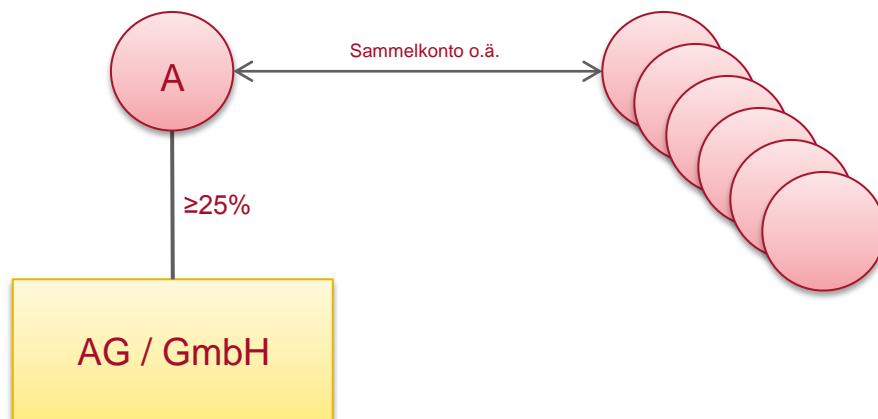
Beispiele

- Sicherungseigentum
- Klassisches Verwaltungstreuhandgeschäft

- Üblicherweise: Fiduziant hat umfassende Rechtsstellung an Anteilen; in diesem Fall ist dieser als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden
- Unklarheit in Fällen, in welchen die Rechtsposition faktisch auseinanderfällt (z.B. Fiduziant erhält Dividenden, Fiduziar kann dagegen Stimmrecht im freien Ermessen ausüben)
 - Vertretene Ansätze: (1) Meldung beider Personen als wirtschaftlich Berechtigte; (2) Beschränkung auf Meldung des Fiduzianten
 - Sicherheitshalber sowohl Meldung des Fiduzianten als auch Meldung des Fiduziars, da sich 25%-Grenzwert auf Stimm- und auf Kapitalbeteiligung bezieht

Fiduziarische Rechtsverhältnisse

«Sammeltreuhand»

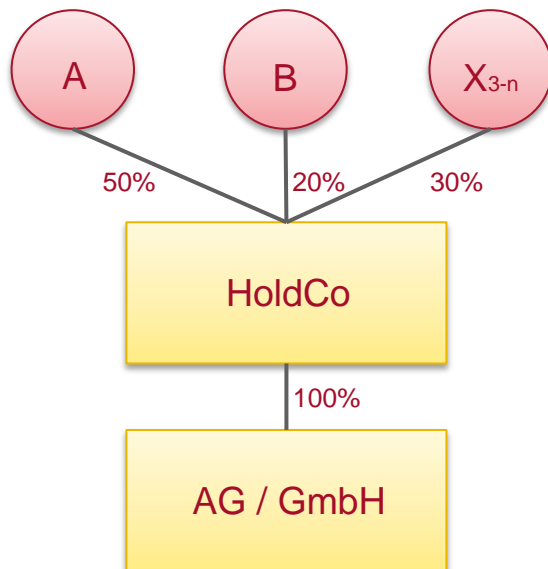


- Konstellation: Fiduziar handelt im Interesse und auf Rechnung mehrerer voneinander unabhängiger Personen (z.B. Führung eines Sammelkontos)
- Nach strikter, wortlautbasierter Auslegung müsste Fiduziar alle Fiduzianten melden
- Basierend auf dem Sinn und Zweck der Regelung und aus Praktikabilitätsgründen sollte die Meldung in diesem Fall m.E. auf diejenigen Fiduzianten beschränkt bleiben, die selber (oder in gemeinsamer Absprache) den 25%-Grenzwert erreichen bzw. überschreiten

Mehrstufige Beteiligungsstrukturen

Meldung im Konzern

Fall 1: Holding im teilweisen Streubesitz



Grundproblem

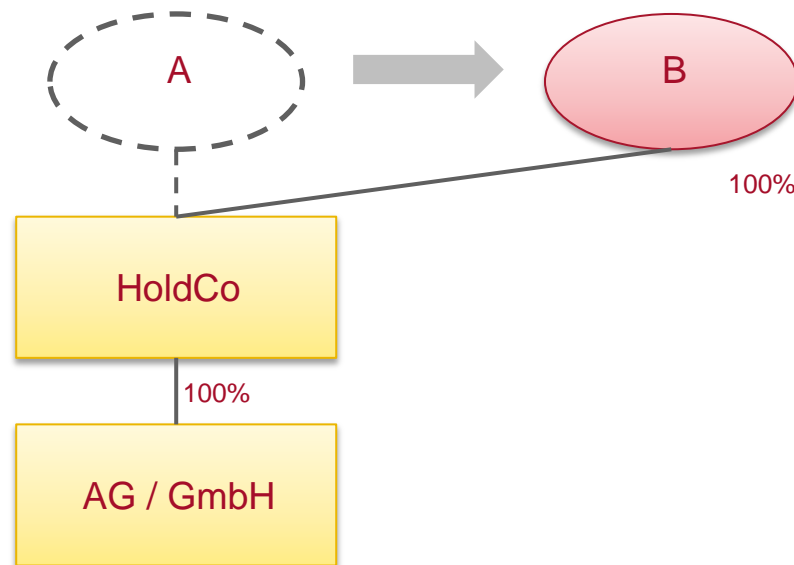
- Struktur der Meldepflicht als Grundproblem
- Denkbare Lösungsansätze
 1. Meldung aller an HoldCo direkt oder indirekt beteiligten nat. Personen
 2. Multiplikationstest
 - Identifikation aller Anteilseigner mit $\geq 25\%$ -Beteiligung auf allen Stufen
 - Multiplikation (z.B. $40\% * 80\% * 100\% = 32\%$) und Meldung wenn am Ende $\geq 25\%$
 3. Kontrollprinzip nach GwG 2a III
 - Kontrolle (i) durch direktes oder indirektes Halten (allein oder in gemeinsamer Absprache) von $\geq 25\%$ oder (ii) auf andere Weise

- HoldCo muss der AG/GmbH A als wirtschaftlich berechtigte Person melden
- Unklar, ob B und X_{3-n} ebenfalls als wirtschaftlich berechtigte Personen gelten
- Zweck der Meldepflicht und Praktikabilität rechtfertigen Beschränkung der Meldung auf A

Mehrstufige Beteiligungsstrukturen

Meldung im Konzern (II)

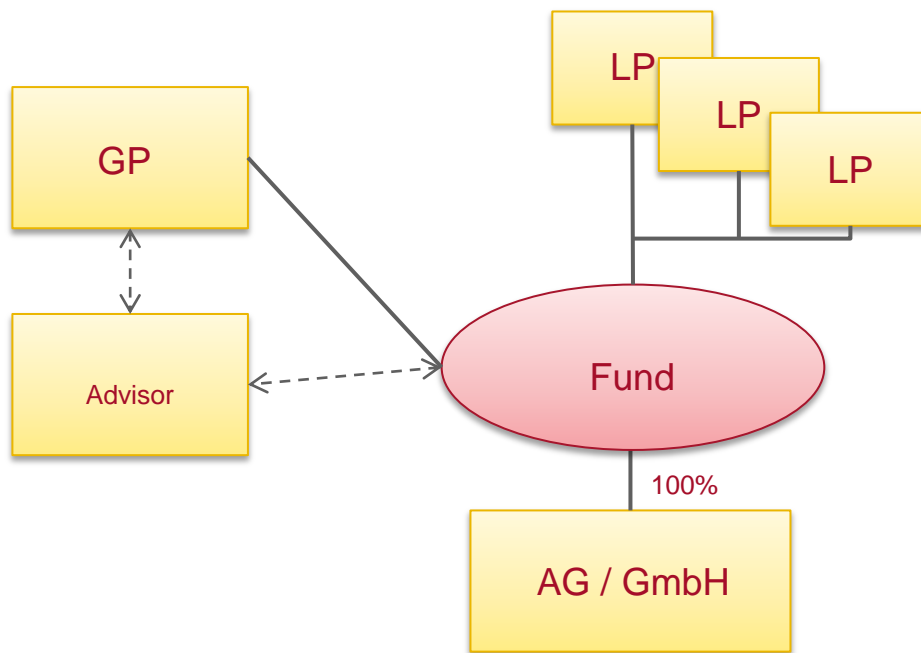
Fall 2: Veräußerung der Holding an einen Dritten



- Pflicht zur Meldung des wirtschaftlich Berechtigten wird nicht ausgelöst, da kein direkter Erwerb von Anteilen der «Zielgesellschaft»
- Basierend auf dem Gesetzeswortlaut könnte der Eindruck entstehen, dass HoldCo in einem solchen Fall keine Änderungsmeldung erstatten muss
- Zweck der Meldepflicht verlangt eine Mitteilung der Änderung sofern HoldCo von der Änderung Kenntnis erhält

Sonderfälle

Private Equity Strukturen



Lösungsansätze

- In der Literatur werden zahlreiche Lösungsansätze diskutiert
- Möglichkeiten
 1. Anwendung der im Konzernkontext diskutierten Ansätze (Multiplikationstest / Kontrollprinzip)
 2. Meldung der den GP letztlich kontrollierenden Personen
 - Variante: Bei fehlender Identifizierbarkeit Meldung des GP CEO/VRP o.ä.
 3. Annahme einer generellen Ausnahme von der Meldepflicht (Negativmeldung)
 - Argument: Fonds unterstehen GwG oder ausländischem Äquivalent

- Reine Anwendung des Multiplikationstests bzw. des Kontrollprinzips ist bei Fondstrukturen wenig sinnvoll, da LPs faktisch keinen Einfluss auf Willensbildung haben
- Für Annahme einer generellen Ausnahme von der Meldepflicht fehlt gesetzliche Grundlage
- Meldung der den GP letztlich kontrollierenden nat. Pers. und derjenigen LPs, die indirekt Beteiligung von $\geq 25\%$ haben; Meldung des GP CEO/VRP o.ä. als «Notlösung»

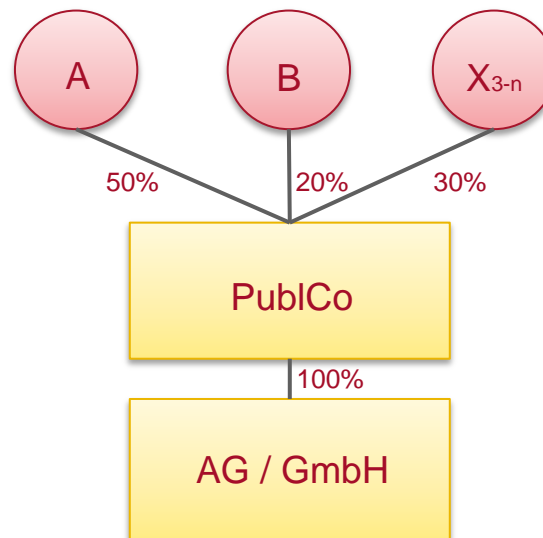
Gesetzliches Ausnahme-
regime

Grundlagen

- Meldepflichten finden in zwei Fällen keine Anwendung:
 - Anteile der Gesellschaft sind an einer Börse kotiert
 - Börse in CH oder Börse im Ausland mit ähnlichem Transparenzregime
 - Nicht notwendig: Kotierung aller bzw. der betroffenen Anteilskategorie(n)
 - Betroffene Anteile sind als Bucheffekten ausgestaltet, wobei die Gesellschaft in diesem Fall eine Verwahrungsstelle in der Schweiz bezeichnen muss, bei der die Anteile hinterlegt oder in das Hauptregister eingetragen werden
 - Bezeichnung mehrerer Verwahrungsstellen möglich
- Probleme in der Praxis
 - Mehrstufige Beteiligungsverhältnisse mit (direkter oder indirekter) Beteiligung einer Publikumsgesellschaft bzw. Gesellschaft mit Bucheffekten
 - Tatsächlicher Anwendungsbereich der «Bucheffekten-Ausnahme»

Mehrstufige Beteiligungsverhältnisse

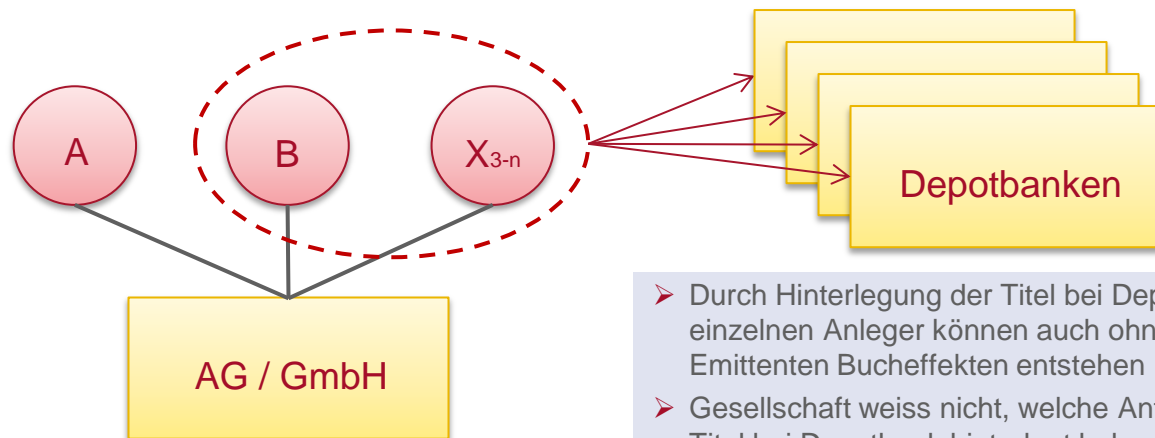
Holding ist Publikumsgesellschaft oder hat Anteile in Form von Bucheffekten



- Ausnahme von der Meldepflicht bei börsenkotierten oder als Bucheffekten ausgestalteten Anteilen knüpft nur an «Zielgesellschaft», d.h. nicht an PublCo, an
- Unklar ob PublCo der AG/GmbH A (und abhängig von der konkreten Anwendung des Kontrollprinzips auch B) als wirtschaftlich berechtigte Personen melden muss
- Zweck der Meldepflicht rechtfertigt generelle Ausnahme von Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person; aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit empfiehlt sich jedoch Vornahme einer Meldung mit Hinweis auf Börsenkotierung / Bucheffekten

Anwendung der «Bucheffektenausnahme»

Gesellschaft hat Bucheffekten nicht selbst geschaffen



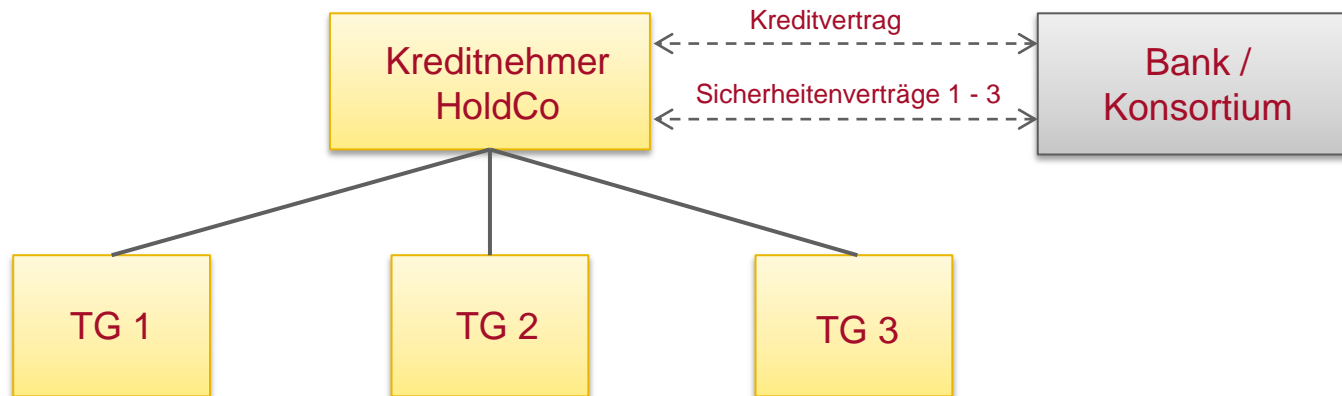
- Durch Hinterlegung der Titel bei Depotbank der einzelnen Anleger können auch ohne Mitwirkung des Emittenten Bucheffekten entstehen
- Gesellschaft weiss nicht, welche Anteilseigner ihre Titel bei Depotbank hinterlegt haben (insb. bei Inhaberaktien)

- Frage, ob Bezeichnung einer CH-Verwahrungsstelle durch die Gesellschaft eine zwingende Voraussetzung für Anwendung der Ausnahme von den Meldepflichten ist
- Erfordernis einer CH-Verwahrungsstelle dient der Sicherstellung eines raschen Zugangs zu Informationen; dieser ist bei selbstständiger Schaffung von Bucheffekten durch Anleger gefährdet
- Verantwortlichkeitsrisiko für den VR, der von einer Ausnahme ausgeht und auf dieser Basis Dividenden ausschüttet und Stimmrechte gewährt

Auswirkungen auf die Transaktionspraxis

Kreditfinanzierungen

Ausgangslage



- Finanzierung der nicht operativ tätigen Konzernobergesellschaft («Kreditnehmer») durch Bank / Bankenkonsortium
- Kreditnehmer stellt Anteile einzelner von ihm gehaltener Gruppengesellschaften als Sicherheiten zur Verfügung
- Meldepflichten sind sowohl auf Ebene Kreditvertrag als auch auf Ebene Sicherheitenverträge von Relevanz

Regelungen in Kreditverträgen

- Relevanz der Meldepflichten
 - Verletzung der Meldepflichten kann negative Auswirkungen auf die Bonität haben (Auszahlung von Dividenden «nach oben» ist nicht möglich)
- Aufnahme von entsprechenden Verpflichtungen / Gewährleistungen in Kreditverträge
 - Beispiel:

«Jede Schweizer Gruppengesellschaft wird sämtlichen der auf sie anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten gemäss Art. 697i OR und Art. 697j OR bzw. Art. 790a OR sowie ihren Pflichten zur Führung von entsprechenden Verzeichnissen gemäss Art. 697l OR bzw. Art. 790a Abs. 3 i.V.m. Art. 697l OR nachkommen, damit sie uneingeschränkt berechtigt ist, ihre Mitgliedschaftsrechte auszuüben und Dividenden zu erhalten.»
 - Einhaltung der Meldepflichten wäre zwar bereits durch «Compliance with laws»-Covenant abgedeckt, dieser ist aber oftmals weitergehend qualifiziert

Regelungen in Sicherheitenverträgen

Anteilsverpfändung: Ausgangslage

- Pfandgläubiger («Bank») hat keine Meldepflichten, da kein Erwerb stattfindet
- Bank als Pfandgläubiger hat aber eigenes Interesse an Erfüllung der Meldepflichten, da sie nicht mehr Rechte haben kann als der Verpfänder
 - Suspendierte Mitwirkungsrechte und sistierte bzw. verwirkte Vermögensrechte können auch durch die Bank nicht ausgeübt werden
- Meldepflichten der Bank bei Selbsteintritt im Rahmen der Pfandverwertung

Regelungen in Sicherheitenverträgen

Anteilsverpfändung: Handlungsempfehlungen

- Sicherstellen, dass Verpfänder seinen Meldepflichten nachkommt
- Massnahme 1: Lieferung der Verzeichnisse bei Vertragsschluss und allenfalls Anmerkung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre und der wirtschaftlich berechtigten Personen, dass betreffende Aktien verpfändet sind
- Massnahme 2: Aufnahme entsprechender Informationspflichten in den Pfandvertrag
 - Beispiel:

«As from the date of this Agreement and until any and all Secured Obligations have been irrevocably and unconditionally paid and discharged in full, the Pledgor undertakes to the Pledgees to [...] continue to be the legal owner of the Pledged Assets and *inform the Security Agent promptly of any changes to the beneficial ownership in the Shares, including changes relating to the name and/or address of the beneficial owner(s) of the Shares.*»

Regelungen in Sicherheitenverträgen

Anteilsverpfändung: Handlungsempfehlungen

- Massnahme 3: Aufnahme einer Ermächtigung zur Vornahme der Meldung in Pfandvertrag
 - Bank hat keine Handhabe, falls Änderungsmeldungen während Vertragsdauer nicht erstattet werden
 - Bank darf nur bei vertraglicher Ermächtigung und Entbindung vom Bankkundengeheimnis selbst melden
 - Beispiel:

«The Pledgor irrevocably appoints the Security Agent as its attorney, in its name and on its behalf to execute, deliver and perfect all documents and to do all things necessary or desirable (i) [...]; (ii) [...]; or (iii) *to fulfil the Pledgor's reporting obligations required by Swiss law in connection with the legal and/or beneficial ownership in the Shares, in particular to submit to the Company any notification required under articles 697i and/or 697j CO and article 790a CO.*»

Regelungen in Sicherheitenverträgen

Sicherungsübereignung: Ausgangslage

- Sicherungsnehmer («Bank») ist formeller Eigentümer der Anteile
- Bank unterliegt entsprechend den Meldepflichten nach OR 697i und/oder OR 697j
- Meldepflicht betrifft:
 - Sämtliche Sicherungsübereignungen von Inhaberaktien bzw. -PS
 - Sämtliche Sicherungsübereignungen von Namenaktien bzw. -PS und Stammanteilen seit dem 1. Juli 2015
- Meldefrist beträgt 1 Monat

Regelungen in Sicherheitenverträgen

Sicherungsübereignung: Meldung des wB

- Meldepflicht der Bank, wenn sie $\geq 25\%$ des Kapitals oder der Stimmrechte im Eigentum hält
- Wirtschaftlich berechtigte Person
 - Grundsätzlich der Sicherungsgeber bzw. dessen wirtschaftlich Berechtigter, da die Anteile auch weiterhin vom Sicherungsgeber zu bilanzieren sind
 - Die Bank bzw. ihre wirtschaftlich Berechtigten, falls Stimmrechte durch die Bank ausgeübt werden?
- Meldepflicht bei jeder Änderung der wirtschaftlich berechtigten Person

Regelungen in Sicherheitenverträgen

Sicherungsübereignung: Meldung des Inhaberaktionärs

- Bei Sicherungsübereignung von Inhaberaktien bzw. -PS muss sich der Sicherungsnehmer selber als Eigentümer melden
- Sicherungsgeber muss nicht gemeldet bleiben

Unternehmenskäufe

Mögliche Mängel in M&A-Transaktionen

Verstoss gegen «Nebenpflichten»

- Verzeichnisführungs- / Aufbewahrungspflichten nicht erfüllt
- Zugang zu Verzeichnissen ist nicht sichergestellt

Verstoss gegen Meldepflichten

- Sistierung der Mitwirkungsrechte
- Suspendierung und Verwirkung der Vermögensrechte

Verstoss gegen Nebenpflichten

- Verstoss gegen Nebenpflichten fällt nicht unter StGB 166 (Unterlassung der Buchführung) oder StGB 325 (ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher), aber allenfalls StGB 251 (Urkundenfälschung)
- Allgemeine Verantwortlichkeit der Leitungsorgane
- Handlungsempfehlung
 - Aufnahme einer Gewährleistung in den Aktienkaufvertrag
 - Beispiel:

«Sämtliche Geschäftsbücher, Buchungsbelege, Geschäftskorrespondenz, *Aktien- bzw. Stammanteilsbücher* sowie *Verzeichnisse (einschliesslich der relevanten Belege)* der Gesellschaften sind vollständig, richtig und ordnungsgemäss geführt und zusammen mit sämtlichen weiteren, aufbewahrungspflichtigen Abrechnungen, Formularen, Erklärungen, Deklarationen, Registern und anderen Unterlagen, die in irgendeiner Art und Weise rechtsverbindliche Wirkung entfalten, entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen aufbewahrt worden und vorhanden.»

Verstoss gegen die Meldepflichten

Sistierte Mitwirkungsrechte (I)

- Solange ein allfälliger, im Rahmen des Vollzugs der Transaktion erfolgter GAFI-relevanter Erwerb nicht gemeldet wurde, sind die Mitwirkungsrechte des betroffenen Aktionärs sistiert
- Sanktionen / Rechtsfolgen bei Verstoss
 - Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses bzw. der Wahl der neuen Organe gem. OR 691 III
 - Sofern nicht angefochten: grundsätzlich volle Rechtskraft (Vorbehalt anderer Nichtigkeitsmängel)
- Risiko der Parteien
 - Verkäufer: Anfechtbarer Entlastungsbeschluss
 - Käufer: Kein eigentliches Risiko, muss die Meldung ohnehin tätigen (um GAFI-Sanktionen zu vermeiden)

Verstoss gegen die Meldepflichten

Sistierte Mitwirkungsrechte (II)

- Umsetzung im Aktienkaufvertrag (Variante 1)
 - Käufer will nicht, dass Verkäufer die wirtschaftlich berechtigte Person des Käufers kennt: Feststellung im GV-Beschluss

«Der Vorsitzende eröffnet die Generalversammlung und hält Folgendes fest: (i) das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft von CHF 100'000, bestehend aus 100'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1, ist vertreten; (ii) demzufolge ist die Generalversammlung als Universalversammlung im Sinne von Art. 701 OR konstituiert und kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandeln und Beschlüsse fassen; (iii) vor der Generalversammlung hat der neue, einzige Aktionär der Gesellschaft der Gesellschaft gemäss Art. 697j OR den Vor- und Nachnamen sowie die Adresse derjenigen natürlichen Person schriftlich gemeldet, für die er letztlich handelt.»

- Umsetzung im Aktienkaufvertrag (Variante 2)
 - Ansonsten: Austausch der Meldung des Käufers und der nachgeführten Verzeichnisse

«Beim Vollzug: [...] (x.) übergeben die Verkäufer der Käuferin ein per Vollzugsdatum nachgeführtes Verzeichnis der Gesellschaft gem. Art. 697l OR, Zug-um-Zug gegen Übergabe der Meldung gem. Art. 697j Abs. 1 OR durch die Käuferin.»

Verstoss gegen die Meldepflichten

Bezahlung verwirkter Dividenden (I)

- Wurden relevante Meldungen nicht erstattet, verwirkt laufender Dividendenanspruch
 - Aktionär kann Dividendenanspruch nicht geltend machen
 - Gesellschaft darf verwirkte Dividende nicht ausschütten
- Sanktionen / Rechtsfolgen bei Verstoss
 - Verpflichtung zur Rückerstattung (OR 678 I)
 - Bösgläubigkeit des Empfängers bei fehlender / qualifiziert (= wissentlich / unsorgfältig) falscher Meldung gegeben
 - Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft und dem Aktionär zu; Letzterer klagt auf Leistung an die Gesellschaft
 - Sofern keine Rückzahlung: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

Verstoss gegen die Meldepflichten

Bezahlung verwirkter Dividenden (II)

Risiko des Verkäufers

- Zielgesellschaft und/oder Käufer fordern vom Verkäufer ausbezahlte Dividenden zurück, die eigentlich dem Verkäufer zustehen
- Verantwortlichkeit des damaligen Verwaltungsrats, insoweit als die Gesellschaft einen Schaden erleidet
- Zeit und Beraterkosten

Risiko des Käufers

- Kein direktes Risiko – Vorteil, der nicht entschädigt wurde
- Verantwortlichkeit des neuen Verwaltungsrats, falls sein Vorgehen im Sinne von OR 678 eine Pflichtverletzung darstellt
- Zeit und Beraterkosten

Verstoss gegen die Meldepflichten

Bezahlung verwirkter Dividenden (III)

- Konsequenz für Due Diligence
 - Käufer-Due Diligence wird um GAFI-Meldungen und neue Verzeichnisse erweitert (neben gewöhnlicher «Share History»)
 - Aber: Due Diligence kann keine vollkommene Sicherheit bringen, weder betreffend fehlenden Meldungen, schon gar nicht betreffend qualifiziert falschen Meldungen, welche die GAFI-Sanktionen auslösen
- Konsequenz für Aktienkaufvertrag
 - Verzicht des Käufers auf Geltendmachung von Ansprüchen nach OR 678 und OR 754 Ansprüche wichtig, unabhängig von Meldepflichten
 - Beispiel:

«Der Käufer verpflichtet sich, keinerlei Ansprüche (insb. aufgrund von Art. 678 oder 754 OR) geltend zu machen (und sorgt dafür, dass die Gesellschaft keine Ansprüche geltend macht) gegenüber (a) Verwaltungsratsmitgliedern oder Geschäftsführern für deren Tätigkeiten bzw. empfangenen Leistungen bis zum Vollzugsdatum und (b) dem Verkäufer in seiner Funktion als direkter oder indirekter Aktionär der Gesellschaft. Hiervon ausgenommen sind Ansprüche des Käufers gegenüber dem Verkäufer unter diesem Vertrag.»

Verstoss gegen die Meldepflichten

Bezahlung verwirkter Dividenden (IV)

Verkäuferfreundliche Erweiterungen

- Verzichtserklärung der Gesellschaft auf solche Ansprüche unmittelbar nach Vollzug, vom neuen Verwaltungsrat unterschrieben, wird zusammen mit dem Entlastungsbeschluss übergeben
- Verpflichtung des Käufers, die Verpflichtung zur Nicht-Geltendmachung von Ansprüchen auf jeden späteren Käufer zu übertragen

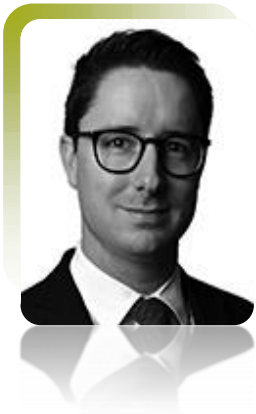
Käuferfreundliche Erweiterungen

- Schadloshaltung des Verkäufers für sämtliche aus diesem Verzicht bzw. der Nicht-Geltendmachung dieser Ansprüche resultierenden Schäden (unter Ausschluss des Rückforderungsanspruchs)

Fazit und Ausblick

- Probleme bestehen in der Praxis hauptsächlich in Bezug auf die Pflicht zur Meldung des wirtschaftlich Berechtigten
 - Unschärfe der gesetzlichen Regelung erschwert Beratung
 - Führt zu «(Un-)Sicherheitsmeldungen»
- Pflicht zur Meldung des Inhaberaktionärs ist vergleichsweise klar
 - Zahlreiche Umwandlungen von Inhaber- in Namenaktien
 - Diesbezügliches Ziel des GAFI-Gesetzes erfüllt
- Neuere Entwicklungen
 - Veröffentlichung des Global Forum Peer Review Reports in Bezug auf die Schweiz Ende Juli 2016
 - Meldepflicht betreffend Inhaberaktionäre wird als unzureichend zur Erfüllung der Standards befunden
 - Vorgaben des Global Forum gelten aber insgesamt als erfüllt
 - Trotz Kritik des Global Forum und den Mängeln der bestehenden Regelung ist in naher Zukunft keine Gesetzesänderung zu erwarten

Haben Sie Fragen?



Philip Spoerlé

Associate

Baker & McKenzie Zurich
Holbeinstrasse 30
Postfach
8034 Zurich

+41 (44) 384 1414 (telephone)

+41 (44) 384 1284 (facsimile)

philip.spoerle@bakermckenzie.com

Dr. iur. Philip Spoerlé ist ein Associate im Zürcher Büro von Baker & McKenzie. Er studierte Law & Economics an der Universität St. Gallen (M.A. HSG in Law & Economics 2011) und an der Osgoode Hall Law School of York University, Toronto (2009). Nach dem Erwerb des Rechtsanwaltspatents im Kanton Zürich promovierte Philip Spoerlé im Jahr 2015 an der Universität St. Gallen mit einer Dissertation im Bereich Gesellschaftsrecht.

Vor seinem Eintritt bei Baker & McKenzie im Februar 2015 arbeitete Philip Spoerlé für eine global tätige Investmentbank im Bereich Fixed Income Securities Trading (2012–2013). Zudem war er als wissenschaftlicher Assistent an der Universität St. Gallen tätig und absolvierte sein Anwaltspraktikum bei Baker & McKenzie Zürich (2010–2012).

Seine hauptsächlichen Tätigkeitsgebiete liegen in den Bereichen Kapitalmarktrecht (Debt und Equity Capital Markets), Derivatives, Kreditfinanzierungen, Mergers & Acquisitions, Restrukturierungen sowie im allgemeinen Gesellschafts- und Handelsrecht.

