

SEPTEMBER 2018

Newsletter

Autoren:
Martin Weber
Zlatina Iliev

CORPORATE / MERGERS & ACQUISITIONS

Vom Umgang mit den GAFI-Transparenzvorschriften in der M&A- und Beratungspraxis

Nachdem die Schweiz unter internationalem Druck in einem unüblich schnellen Verfahren per 1. Juli 2015 erhöhte Transparenzvorschriften für Kapitalgesellschaften eingeführt hat, soll diese GAFI-Gesetzgebung verschärft werden. Im Lichte der erheblichen Unsicherheiten bei der praktischen Umsetzung der bestehenden GAFI-Bestimmungen kommt diese Verschärfung allerdings verfrüht.

1 VERSCHÄRFUNG DER GAFI-TRANSPARENZ-VORSCHRIFTEN ANTE PORTAS

Als eines von über 150 Mitgliedern des *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum)* hat sich die Schweiz zur Umsetzung international vereinbarter Standards für Transparenz und Informationsaustausch zu Steuerzwecken verpflichtet. Die Einhaltung der vereinbarten Standards wird vom Global Forum durch periodische Länderüberprüfungen (**Peer Reviews**) kontrolliert.

Nach der Umsetzung von entsprechenden Empfehlungen der Groupe d'action financière (**GAFI**) in Art. 697i ff. OR (**GAFI-Gesetz**) per 1. Juli 2015 und dem gestützt darauf erfolgten Peer Review erteilte das Global Forum der Schweiz im Sommer 2016 die Gesamtnote "weitgehend konform" und gab gleichzeitig Empfehlungen zur weitergehenden Transparenz juristischer Personen ab.

Im Hinblick auf den anstehenden nächsten Peer Review des Global Forum schlägt der Bundesrat eine einschnei-

dende Verschärfung des GAFI-Gesetzes vor: So sollen unter anderem **Inhaberaktien für nicht börsennotierte Gesellschaften abgeschafft** und **strafrechtliche Sanktionen** bei Verletzung der GAFI-Meldepflichten eingeführt werden. Die Vernehmlassung zum entsprechenden Gesetzesentwurf vom 17. Januar 2018 (**GAFI-Revision**) dauerte bis zum 24. April 2018. Die Vorlage findet sich zur Zeit in Überarbeitung und soll voraussichtlich am 21. November 2018 publiziert und vom Parlament in der Frühjahrs- und Sommersession 2019 beraten werden. Die vom Parlament beschlossene GAFI-Revision soll sodann auf Oktober 2019 in Kraft treten.

Die generelle Abschaffung von Inhaberaktien für nicht kotierte Gesellschaften würde eine einschneidende Massnahme darstellen und angesichts der im geltenden GAFI-Gesetz bereits vorhandenen Transparenzvorschriften über das Ziel hinausschiessen. Die in der GAFI-Revision vorgesehene Einführung strafrechtlicher Sanktionen weckt sodann ernsthafte rechtsstaatliche Bedenken, da die zugrundeliegenden gesetzlichen Bestimmungen zur

Meldepflicht des Aktionärs im aktuellen GAFI-Gesetz lückenhaft und unklar sind und dem **strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot** nicht standzuhalten vermögen.

Anstelle der geplanten Verschärfung des GAFI-Gesetzes wäre es aus Sicht der Rechtsanwendung vordringlicher, die anstehende GAFI-Revision primär für die Behebung der Unzulänglichkeiten des geltenden GAFI-Gesetzes zu nutzen.

2 PRAKTISCHE HANDHABUNG AUSGEWÄHLTER OFFENER GAFI-FRAGESTELLUNGEN

So stellen sich bei der Umsetzung des aktuellen GAFI-Gesetzes in der M&A- und Beratungspraxis **zahlreiche Probleme** bereits bei den fundamentalen Fragen, wann eine Meldepflicht nach Art. 697j OR überhaupt ausgelöst wird (Ziff. 2.1 und 2.2), wer in welchen Konstellationen gemeldet werden muss (Ziff. 2.3) und wie Meldungen konkret vorzunehmen sind (Ziff. 2.4).

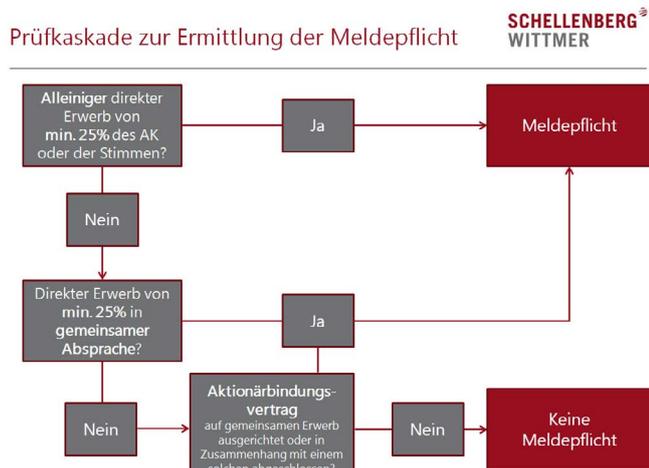
Nachfolgend findet sich ein **grober Leitfaden**, wie der Rechtsanwender mit ausgewählten, im Rechtsalltag im Vordergrund stehenden Fragen im Umfeld des GAFI-Gesetzes umgehen kann.

2.1 WER MUSS MELDEN?

Unter anderem untersteht der GAFI-Meldepflicht, wer Aktien an einer schweizerischen Gesellschaft (**Zielgesellschaft**) erwirbt und dabei den Grenzwert von 25% des Aktienkapitals und/oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet (**meldepflichtiger Aktionär**).

Massgebend ist dabei einzig der **direkte Erwerb** von Aktien an der Zielgesellschaft. Ein indirekter Erwerb auf höherer Beteiligungsstufe löst keine Meldepflicht aus, kann aber unter Umständen zur Aktualisierung einer früher erfolgten GAFI-Meldung verpflichten.

Meldepflichtig ist nicht nur wer allein, sondern auch wer **in gemeinsamer Absprache mit Dritten** eine qualifizierte Beteiligung an der Zielgesellschaft erwirbt. Wann eine solche gemeinsame Absprache vorliegt, ist nicht immer einfach zu beurteilen. So kann etwa beim Bestehen eines **Aktionärbindungsvertrags** nicht automatisch auf eine die Meldepflicht auslösende gemeinsame Absprache geschlossen werden. Eine solche liegt vielmehr nur dann vor, wenn der betreffende Aktionärbindungsvertrag den gemeinsamen Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an der Zielgesellschaft zum Gegenstand hat oder unmittelbar im Zusammenhang mit einem solchen gemeinsamen Erwerb abgeschlossen wird.



2.2 AUSNAHMEN VON DER MELDEPFLICHT

Beim Erwerb von **Aktien** der Zielgesellschaft, **die an einer Börse gehandelt** werden oder als **Bucheffekten** im Sinne des schweizerischen Bucheffektengesetzes ausgestaltet sind, **besteht keine Meldepflicht**.

Das Gesetz äussert sich hingegen nicht zu der sich in der Praxis häufig stellenden Frage, ob diese gesetzliche Ausnahme auch greift, wenn zwar nicht die Schweizer Zielgesellschaft, aber **die Erwerberin** einer qualifizierten Beteiligung oder deren **direkte oder indirekte Muttergesellschaft** eine **börsenkotierte Publikumsgesellschaft** ist oder **Bucheffekten ausgegeben** hat. Unseres Erachtens entfällt die Meldepflicht auch in diesen Fällen.

Dies muss sinngemäss auch für die **weiteren gesetzlichen Ausnahmen von der Meldepflicht** gelten, die sich nach dem Gesetzeswortlaut nur auf die Zielgesellschaft selbst beziehen: Demnach entfällt die Meldepflicht unseres Erachtens auch dann, wenn eine **öffentlich-rechtliche Anstalt, Genossenschaft** oder **gemeinnützige Organisation** direkt oder indirekt eine qualifizierte Beteiligung an einer schweizerischen Zielgesellschaft erwirbt.

"Die gesetzlichen Bestimmungen zur Meldepflicht des Aktionärs sind lückenhaft und unklar."

2.3 WER IST ALS WIRTSCHAFTLICH BERECHTIGTE PERSON ZU MELDEN?

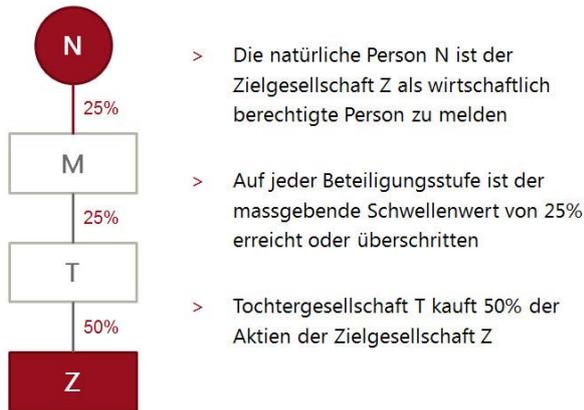
Besteht eine Meldepflicht, hat der meldepflichtige Aktionär die natürliche **Person** zu melden, **für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person)**.

Auch zu diesem zentralen Punkt des GAFI-Gesetzes bestehen unverständlicherweise keine klaren gesetzlichen Vorgaben. Es herrscht immerhin weitgehende Übereinstimmung, dass die wirtschaftlich berechtigte Person im Sinne des GAFI-Gesetzes in erster Linie diejenige Person ist, welche den direkten Aktionär letztendlich (d.h. direkt oder indirekt) mit einer qualifizierten Mehrheit (**massgebender Schwellenwert**) **kontrolliert**. Dabei können auch mehrere natürliche Personen, die zwar je einzeln unter dem massgebenden Schwellenwert liegen, aber beispielsweise in einen **Aktionärbindungsvertrag** eingebunden sind, je nach dessen Inhalt **gemeinsam als wirtschaftlich berechtigte Personen** gelten.

In Lehre und Praxis herrscht hingegen **Uneinigkeit** über die Frage, nach welcher Methode der massgebende Schwellenwert in **mehrstufigen Beteiligungsstrukturen** (d.h. namentlich bei Konzerngesellschaften) zu ermitteln ist. Dafür werden insbesondere die folgenden Ansätze vertreten, welche je nach konkreter Konstellation zu **unterschiedlichen Ergebnissen** führen:

- > **De-Minimis Methode:** Nach der vorsichtigsten Methode sind bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen die wirtschaftlich berechtigten Personen überall da zu ermitteln und zu melden, wo **auf der jeweiligen Beteiligungsstufe** über der direkten Erwerberin ein massgebender Schwellenwert von **mindestens 25% des Kapitals und/oder der Stimmen erreicht oder überschritten** wird.

Illustrationsbeispiel *De-Minimis* Methode:



- > Die natürliche Person N ist der Zielgesellschaft Z als wirtschaftlich berechnete Person zu melden
- > Auf jeder Beteiligungsstufe ist der massgebende Schwellenwert von 25% erreicht oder überschritten
- > Tochtergesellschaft T kauft 50% der Aktien der Zielgesellschaft Z

- > **Multiplikationsmethode:** Hier werden alle direkt und indirekt gehaltenen Beteiligungsquoten der am Ende einer Beteiligungskette stehenden natürlichen Person miteinander multipliziert. Dabei ist die meldepflichtauslösende direkte Beteiligung (50% von T) jedoch nicht mitzurechnen. Nur wenn das **Multiplikationsergebnis** einen massgebenden Schwellenwert von **mindestens 25%** ergibt, gilt die betreffende natürliche Person als wirtschaftlich berechnete im Sinne des GAFI-Gesetzes.

Im obigen Beispiel ergibt die Multiplikation der von N und von M gehaltenen Beteiligungen 6.25%. Damit ist der massgebende Schwellenwert von mindestens 25% nicht erreicht, womit N nach der Multiplikationsmethode **nicht** als wirtschaftlich berechnete Person zu melden wäre.

- > **Mehrheitsmethode:** Nach der liberalsten Methode sind bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen die wirtschaftlich berechneten Personen nur da zu ermitteln, wo **auf der jeweiligen Beteiligungsstufe** über der direkten Erwerblerin ein massgebender Schwellenwert von **50%** des Kapitals und/oder der Stimmen **überschritten** wird.

Diese Voraussetzung ist im obigen Beispiel nicht erfüllt, womit N nach der Mehrheitsmethode **nicht** als wirtschaftlich berechnete Person zu melden wäre.

Vor dem Hintergrund, dass zu Unrecht unterlassene bzw. unrichtige Meldungen von wirtschaftlich Berechneten bereits unter dem geltenden GAFI-Gesetz einschneidende Rechtsfolgen - und gemäss der GAFI-Revision künftig möglicherweise sogar zusätzlich strafrechtliche Sanktionen - auslösen können, ist in diesem Punkt Vorsicht angezeigt und bis auf weiteres der *De-Minimis* Methode der Vorzug zu geben.

2.4 IST AUCH ZU MELDEN, WENN EIGENTLICH NICHTS ZU MELDEN WÄRE?

Auch über die Frage, ob bzw. wie eine Meldung zu erfolgen hat, wenn eine **wirtschaftlich berechnete Person fehlt** oder **nicht identifiziert** werden kann oder wenn eine **Ausnahme von der Meldepflicht** vorliegt, bestehen wiederum keine klaren gesetzlichen Vorgaben.

Es erscheint uns empfehlenswert, sich in der Praxis an die folgenden Leitlinien zu halten:

- > **Meldung:** Ein meldepflichtiger Aktionär hat eine Meldung zu erstatten, wenn **eine oder mehrere wirt-**

schaftlich berechnete (natürliche) Person(en) identifiziert wurde(n) und kein Ausnahmetatbestand vorliegt. Ist der meldepflichtige Aktionär selber die wirtschaftlich berechnete (natürliche) Person, bildet dies Gegenstand der Meldung.

- > **Ersatzmeldung:** Ein meldepflichtiger Aktionär hat eine Ersatzmeldung zu erstatten, wenn entweder (i) **keine wirtschaftlich berechneten Personen** bestehen oder (ii) solche zwar bestehen, aber nicht bekannt sind bzw. **trotz sorgfältiger (zumutbarer) Nachforschung** durch den meldepflichtigen Aktionär **nicht identifiziert** werden konnten.

"Es ist zu unterscheiden zwischen Meldung, Ersatzmeldung und Negativmeldung."

In diesen Fällen ist ersatzweise Vor- und Nachname sowie Funktion des führenden Mitglieds des **obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der letztendlich kontrollierenden juristischen Person** (oder, so eine abweichenden Lehrmeinung, der betreffenden schweizerischen Zielgesellschaft) zu melden.

Unter diesem Titel ist in erster Linie der **CEO**, in zweiter Linie der **Delegierte des Verwaltungsrats** und in dritter Linie, wenn kein CEO bzw. VR-Delegierter besteht, der **Präsident des Verwaltungsrats** zu melden.

- > **Negativmeldung:** Wenn und soweit eine Meldepflicht aufgrund **eines Ausnahmetatbestandes** (Ziffer 2.2) **entfällt**, sollte ein meldepflichtiger Aktionär trotzdem eine Negativmeldung vornehmen, in der auf den betreffenden Ausnahmetatbestand hingewiesen wird.

Auch wenn die Meldung bzw. Ersatz- und Negativmeldung keiner Formvorschrift unterliegt und mündlich erstattet werden darf, empfiehlt es sich, diese **in nachweisbarer Form** zu erbringen (d.h. schriftlich oder per E-Mail) bzw. im Register der wirtschaftlich berechneten Personen auf die Vornahme und das Datum einer bloss mündlich erfolgten Meldung hinzuweisen.

3 FAZIT UND AUSBLICK

Bei der Umsetzung des GAFI-Gesetzes bestehen in der Praxis zahlreiche offene Fragen, auf die sich weder im Gesetz noch in den Materialien noch in der Rechtsprechung verlässliche Antworten finden lassen, und denen in Lehre und Praxis mit unterschiedlichen und im Ergebnis widersprüchlichen Lösungsansätzen begegnet wird.

Vor dem Hintergrund, dass die Verletzung der Meldepflichten bereits nach dem geltenden GAFI-Gesetz die **Sistierung der Stimmrechte** sowie die **Verwirkung der Vermögensrechte** des säumigen meldepflichtigen Aktionärs zur Folge hat, erscheint die Klärung dieser offenen Rechtsfragen durch den Gesetzgeber weitaus dringender als eine radikale Verschärfung des GAFI-Gesetzes.

Ohne vorgängige Behebung dieser gravierenden Mängel der aktuellen Gesetzgebung ist namentlich die in der GAFI-Revision vorgesehene Einführung von strafrechtlichen Sanktionen aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zu verantworten.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



Martin Weber

Partner
martin.weber@swlegal.ch

In Genf:



Jean Jacques Ah Choon

Partner
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch



Pascal Hubli

Partner
pascal.hubli@swlegal.ch



Tarek Houdrouge

Partner
tarek.houdrouge@swlegal.ch



SCHELLENBERG WITTMER AG / Rechtsanwältinnen

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Postfach 2201 / 8021 Zürich / Schweiz / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Postfach 2088 / 1211 Genève 1 / Schweiz / T+41 22 707 8000

SINGAPUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapur 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Dieser Newsletter ist auf unserer Website www.swlegal.ch auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar.