
IM NACHGANG ZUM AKTIENKAUF: STOLPERSTEINE UNTER GAFI – DIVIDENDENVERLUST BEI UNTERLASSUNG DER NOTWENDIGEN MITTEILUNGEN AUCH BEI M&A TRANSAKTIONEN

Im Hinblick auf die derzeit geltenden drakonischen gesellschaftsrechtlichen (und möglicherweise bald in Kraft tretenden strafrechtlichen) Sanktionen, ist jedermann und jede Frau gut beraten, bei jedem Erwerb einer Beteiligung genau zu prüfen, ob damit gesellschaftsrechtliche Meldepflichten ausgelöst werden. Der Nationalrat hat die vorgesehenen strafrechtlichen Neuerungen am 20. März 2019 durchgewunken, nun ist der Ständerat am Zug.

Anlässlich eines kürzlichen Closings einer kleineren M&A Transaktion stellten unsere Anwälte erneut fest, dass die sogenannten GAFI Bestimmungen im Wirtschaftsleben, vor allem bei Players, die nicht alltäglich Partei einer M&A Transaktion sind, noch zu wenig bekannt sind. Angesichts dessen, dass deren Missachtung signifikante und unter Umständen schwerwiegende Auswirkungen hat, sollen sie hier nochmals in Erinnerung gerufen werden:

GAFI-Meldepflichten bei Aktienerwerb

Am 1. Juli 2015 sind im Rahmen der Umsetzung der Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei der *Groupe d'action financière/financial action task force* (GAFI/FATF) bzw. zur Verbesserung der Transparenz betreffend juristische Personen im Schweizerischen Obligationenrecht (OR) u.a. die Art. 697i bis Art. 697m OR für die Aktiengesellschaft sowie Art. 790a OR für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Kraft getreten.

Gegenstand der Meldepflichten ist in erster Linie der Erwerb von nicht als Bucheffekten ausgestalteten Aktien nicht börsenkotierter schweizerischer Aktiengesellschaften, somit also Anteile an KMU-Gesellschaften.

Art. 697i und Art. 697j OR auferlegen den Erwerbern von solchen Anteilen an einer Gesellschaft in gewissen Konstellationen Meldepflichten gegenüber der Gesellschaft, deren Missachtung gesellschaftsrechtliche Sanktionen zur Folge hat. Die eiserne Regel des Aktienrechts, wonach Aktionäre *ex lege* einzig die sog. Liberierungspflicht trifft, ist somit nicht mehr (unbeschränkt) gültig.

Bzgl. *Meldepflicht bei Erwerb* wird differenziert zwischen der Meldung des Inhaberaktionärs (einfache Meldung) und der Meldung des an den (Namen- oder Inhaber-)aktien wirtschaftlich Berechtigten, den sog. *ultimate beneficial owner* (qualifizierte Meldung). Als *Erwerb* gilt in beiden Fällen die Übertragung von Aktien im Rahmen eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs (wie eben bei einer M&A Transaktion, aber auch z.B. bei einer Schenkung), bei Universalsukzession (Fusion, Erbgang), bei der Gründung und Kapitalerhöhung. Die Begründung einer Nutzniessung wird dem Erwerb gleichgestellt.

a) Einfache Meldung: Meldung des Inhaberaktionärs

Zu beachten ist, dass die Zahl der erworbenen Inhaberaktien unbeachtlich ist, die Meldepflicht entsteht bereits mit dem Erwerb einer Inhaberaktie (und somit bei jedem Erwerb neuer Inhaberaktien). Zudem betrifft die Meldepflicht auch bisherige Inhaberaktionäre – die Nachmeldefrist ist am 31. Dezember 2015 abgelaufen. Somit wird die bisherige Anonymität des Eigentümers einer Inhaberaktie nicht mehr gewährleistet. Im Hinblick auf die drakonischen Strafen bei Nichteinhalten der Meldepflicht ist davon auszugehen, dass das Institut der Inhaberaktie längerfristig aus der Praxis verschwinden wird, selbst wenn die gesetzgeberischen Bemühungen zur Abschaffung der Inhaberaktie nicht von Erfolg gekrönt sein sollten.

b) Qualifizierte Meldung: Meldung des wirtschaftlich Berechtigten

Die Pflicht zur Meldung des wirtschaftlich Berechtigten (*ultimate beneficial owner*) besteht, sobald der Erwerber von *Inhaber- und Namenaktien* den Schwellenwert von 25 % an Kapital oder Stimmen erreicht oder überschreitet (Art. 697j OR).

Geltendes Regime: Gesellschaftsrechtliche Sanktionen bei Unterlassen der GAFI-Meldung

Kommen die Aktionäre ihren Meldepflichten nach Art. 697i und/oder Art. 697j OR nicht innert Frist nach oder sind die Meldungen inkorrekt, ruhen die Mitgliedschaftsrechte (Art. 697m Abs. 1 OR). Die Vermögensrechte, namentlich das Recht auf Dividende, sind verwirkt. Sofern die Meldung nachgeholt wird, können die ab dem Zeitpunkt der Meldung entstehenden Vermögensrechte wieder geltend gemacht werden (Art. 697m Abs. 3 OR).

a) Mitgliedschaftsrechte

Unter dem Begriff Mitgliedschaftsrechte ist – in Abgrenzung zu den Vermögensrechten - vorab das Stimmrecht und die damit zusammenhängende Rechte zu verstehen (Art. 689 ff. OR). Bei Unterlassen der Meldung ruhen die Mitgliedschaftsrechte nach Ablauf eines Monats seit Erwerb. Sie ruhen solange, bis die Meldung nachgeholt wird.

b) Vermögensrechte

Als Vermögensrechte gelten vorab insbesondere die Rechte auf Dividende und Liquidationserlös. Unklar ist, was bzgl. des Bezugsrechts und des Vorwegzeichnungsrechts gelten soll, beinhalten diese doch sowohl

vermögensrechtliche als auch mitgliedschaftsrechtliche Komponenten. Aufgrund der doch sehr einschneidenden Folgen plädieren wir für eine restriktive Auslegung dieser Bestimmung, d.h. der Begriff „Vermögensrechte“ sollte mindestens in diesem Gesetzesartikel so ausgelegt werden, dass die Bezug- und Vorwegzeichnungsrechte davon nicht erfasst werden.

Die aus der Unterlassung der Meldepflicht resultierenden Sanktionen sind insofern auch für den Verwaltungsrat der Gesellschaft relevant, als er sicherzustellen hat, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflicht ihre Mitgliedschafts- und/oder Vermögensrechte ausüben (Art. 697m Abs. 4 OR). Andernfalls setzt er sich dem Risiko einer Verantwortlichkeitsklage aus. Diese Pflichten dürfen aber nicht überspitzt werden, insbesondere kann daraus auch keine Nachforschungspflicht abgeleitet werden.

Zukünftiges Regime: Strafrechtliche Sanktionen bei Unterlassen der GAFI-Meldung

a) Strafrechtliche Sanktionen bei Unterlassen der Meldung

Die Bestimmungen zur Meldepflicht wurden im Juli 2015 in Kraft gesetzt. Im November 2018 hat der Bundesrat beschlossen, die Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom Juli 2016 und gewisse im Dezember 2016 gemachte Zusatzempfehlungen des GAFI umzusetzen. Gemäss GAFI sind die ergriffenen Massnahmen betreffend die Transparenz der juristischen Personen und der wirtschaftlich berechtigten Personen ungenügend, insbesondere sollen die gesellschaftsrechtlichen Sanktionen für den Fall einer Nichtwahrnehmung der vorgesehenen Meldepflichten und der Pflichten zur Führung von Verzeichnissen nicht griffig genug sein und entsprechend seien diverse Verbesserungen notwendig (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 21. November 2018).

Gestützt darauf sind nun folgende strafrechtliche Sanktionen vorgeschlagen:

Mit Busse wird bestraft, wer *vorsätzlich* (i) die Pflichten zur Meldung der an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Person verletzt; wobei der Tatbestand durch Unterlassen oder Meldung falscher Angaben erfüllt wird (Art. 327 E-STGB); oder (ii) das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die an Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt oder die damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt (auch durch Unterlassung) (Art. 327a E-STGB).

Da sich nur derjenige strafbar macht, der die Tat vorsätzlich begeht, machen sich zumindest Personen, die - in Unkenntnis der Rechtslage - die Meldung unterlassen, nicht strafbar. Zu beachten ist jedoch, dass der Vorsatz auch den Eventualvorsatz umfasst. So handelt bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB).

Welches Verhalten ist nun als eventualvorsätzliche Verletzung dieser Bestimmungen zu qualifizieren? Da auch eine Falschmeldung strafrechtlich relevant sein kann, kann es z.B. dann problematisch sein, wenn unklar ist, wer als wirtschaftlich berechtigte

Person gilt. Der Gesetzgeber hat die Problematik (teilweise) erkannt und schlägt für den Fall von mehrstufigen Beteiligungsstrukturen eine Präzisierung von Art. 697j OR vor. Da aber nach wie vor viele Fragen bzgl. Meldepflichten der wirtschaftlich berechtigten Person und der vorschriftsgemässen Führung des Aktienbuchs ungeklärt sind, entstehen dadurch weitere, inskünftig unter dem Damoklesschwert möglicher Straffolgen stehende, heikle Abgrenzungsschwierigkeiten.

Nicht zuletzt ist auch auf die Missbrauchsgefahr (und allfällige Straffolgen im Falle des Missbrauchs) bei Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern bzw. der Gesellschaft und ihren Anteilseignern hinzuweisen. Selbst wenn es sich infolge der vorgenannten Empfehlungen als notwendig zeigen sollte, solche aus Geldwäschereisicht vorbereitende Handlungen unter Strafe zu stellen, erscheinen die vorgesehenen Sanktionen angesichts der Tatsache, dass vermutlich nur ein verschwindender Teil der Aktionäre mit dieser Gesinnung handelt, als unverhältnismässig.

Ihre Ansprechpartner



Denise Brügger
Rechtsanwältin, LL.M.

denise.bruegger@reichlinhess.ch
www.reichlinhess.ch

T +41 41 729 10 70



Judith Hubatka
Rechtsanwältin und
Notarin, LL.M.

judith.hubatka@reichlinhess.ch
www.reichlinhess.ch

T +41 41 729 10 70

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar und darf nicht als solcher verwendet werden. Wenn Sie bezüglich persönlicher Umstände eine Beratung benötigen, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei der Reichlin Hess AG oder an die Autoren dieses Newsletters.