

GAFI-Meldungen der wirtschaftlich berechtigten Person



Phyllis Scholl
lic. rer. publ., lic. iur., LL.M.
 Bär & Karrer AG

Phyllis Scholl ist Partnerin bei Bär & Karrer AG. Sie ist im allgemeinen Wirtschaftsrecht tätig und dabei oft an der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Ihr Branchenfokus liegt auf regulierten Infrastruktur-

branchen, insbesondere der Energiebranche. Sie berät Unternehmen und Behörden. Ausserdem ist Frau Scholl Mitglied in mehreren Verwaltungsräten.



Prof. Dr. iur. Rashid Bahar, LL.M.
 Bär & Karrer AG

Rashid Bahar ist Partner bei Bär & Karrer AG. Er ist im Bereich Banken- und Finanzmarktrecht sowie im allgemeinen Gesellschaftsrecht tätig und leitet den Bereich Funds, Financial Products & Asset Management. Er ist Associate Professor an der Uni-

versität Genf, wo er Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht lehrt. Überdies ist er Mitglied des Exekutivausschusses des Zentrums für Bank- und Finanzrecht an der Universität Genf.

S. 292

Einleitung

Mit dem Ziel, durch mehr Transparenz bei juristischen Personen dem Steuerbetrug und der Geldwäscherei vorzubeugen, sind in Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) und des Global Forum über Transparenz und

Informationsaustausch für Steuerzwecke (Global Forum) per 1. Juli 2015 mehrere neue Bestimmungen ins Schweizer Obligationenrecht (OR) aufgenommen worden. So besteht seither die Pflicht für Erwerber von Inhaberaktien, ihre Identität offenzulegen (Art. 697i OR). Mit der Pflicht zur Offenlegung der Aktionärsstellung gegenüber der Gesellschaft wird die Inhaberaktie zwar nicht formell abgeschafft, die bisher mit der Inhaberaktie verbundene Anonymität wird aber aufgehoben.

Zudem sind Erwerber von Inhaber-, aber auch Namenaktien, die 25% oder mehr Aktien oder Stimmrechte an einer Gesellschaft halten, verpflichtet, diejenige natürliche Person zu melden, für die der Aktionär letztlich handelt (sog. *wirtschaftlich berechnete Person*; Art. 697j Abs. 1 OR).

Werden die Meldepflichten nicht eingehalten, drohen empfindliche Sanktionen: Stimmrechte werden suspendiert und Dividendenansprüche verwirken (Art. 697m OR).

Mit diesen OR-Bestimmungen wurde der Grundsatz durchbrochen, dass Aktionäre von Gesetzes wegen einzig die Pflicht haben, die dem Ausgabebetrag der Aktie entsprechende Leistung zu bezahlen (sog. Liberierungspflicht; vgl. Art. 680 Abs. 1 und 2 OR).

Für die Eigentümer von Anteilen an GmbHs und Genossenschaften gelten teilweise analoge Bestimmungen (Art. 790a OR, Art. 837 OR), auf die hier aber nicht weiter eingegangen wird.

Die neuen OR-Bestimmungen werfen eine Fülle konzeptioneller und begrifflicher Fragen auf, welche wohl dereinst durch eine Gesetzesrevision

oder Gerichte geklärt werden. Dieser Beitrag greift die in der Praxis oft anzutreffenden Fragen auf und stellt unsere Auffassung zu den Fragen vor. Bis zur Klärung der Fragen durch eine Gesetzesrevision oder Gerichte sollte in komplexen Fällen ein Spezialist beigezogen werden.

Pflichten des Aktionärs

Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien

Der Erwerber von Inhaberaktien muss der Gesellschaft innert Monatsfrist nach dem Erwerb seinen Vor- und Nachnamen (oder seine Firma) sowie seine Adresse melden (Art. 697i Abs. 1 OR). Das Gesetz schreibt in Art. 697i Abs. 2 OR vor, dass der Erwerber sich mit einem amtlichen Ausweis mit Fotografie (z.B. Passkopie) resp. im Fall einer juristischen Person durch einen Handelsregisterauszug zu identifizieren hat. Die Meldepflicht gilt unabhängig von der Anzahl erworbener Aktien, also auch bei bloss einer erworbenen Aktie.

Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person

Die Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person an den Aktien (Inhaber- oder Namenaktien) gilt hingegen erst ab Erreichen der Schwelle von 25% oder mehr Aktien oder Stimmrechten an einer Gesellschaft. Im Falle einer sog. direkten Beteiligungsstruktur, in der eine natürliche Person 25% oder mehr Aktien erwirbt, wird der Erwerber im Regelfall zugleich auch die wirtschaftlich berechnete Person sein. Mit anderen Worten wird die natürliche Person in Ermangelung besonderer Umstände (z.B. ein fiduziarisches Rechtsverhältnis oder eine Nutzniessung) sich selbst als wirtschaftlich berechnete Person melden müssen.

Gemeinsame Absprache mit Dritten

Die Meldepflicht zur wirtschaftlich berechneten Person gilt auch dann, wenn ein Aktionär zwar nicht alleine die Schwelle von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht, aber mit Dritten in gemeinsamer Absprache handelt und zusammen mit diesen Dritten die Schwelle erreicht. Betreffend die Art und Weise der Absprache bestehen verschiedene juristische Meinungen. Unseres Erachtens ist auf das börsenrechtliche Be-

griffsverständnis abzustellen. Vorausgesetzt ist demnach eine bewusste Verhaltensabstimmung von einer gewissen Intensität. Diese Absprache kann ausdrücklich (z.B. in einem schriftlichen Vertrag) oder konkludent erfolgen.

Mehrstufige Beteiligungsstrukturen

Im Falle von sog. mehrstufigen Beteiligungsstrukturen, in denen der meldepflichtige Aktionär eine juristische Person ist, ist hingegen oft nicht offensichtlich, ob überhaupt und, wenn ja, welche natürlichen Personen zu melden sind.

In mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen sind unseres Erachtens lediglich jene Personen als wirtschaftlich berechnete zu melden, welche tatsächlich eine kontrollierende Stellung auf den Erwerber des Aktienpakets innehaben. Folgt man den für die Konzernrechnung geltenden aktienrechtlichen Vorschriften (vgl. Art. 963 Abs. 2 OR), liegt die Kontrolle über eine Gesellschaft dann vor, wenn die im Hintergrund stehende natürliche Person eine Gesellschaft tatsächlich beherrscht bzw. kontrolliert, also insbesondere die Unternehmenspolitik steuern bzw. die gesetzlichen Vertreter und Organe bestimmen kann. Dementsprechend gilt als wirtschaftlich berechnete Person die natürliche Person, die (a) direkt oder indirekt die Mehrheit der Stimmrechte am meldepflichtigen Aktionär hält, (b) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans des meldepflichtigen Aktionärs zu bestellen oder abzurufen, oder (c) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auf den meldepflichtigen Aktionär ausüben kann. Mit anderen Worten: Ist der meldepflichtige Aktionär eine juristische Person, besteht in der Regel nur dann eine wirtschaftlich berechnete natürliche Person im Sinne von Art. 697j Abs. 1 OR, wenn eine natürliche Person (alleine oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten) über mehr als 50% der Stimmrechte des meldepflichtigen Aktionärs verfügt oder anderswie den meldepflichtigen Aktionär kontrolliert.

Zur Handhabung der Meldepflicht bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen werden teilweise andere juristische Auffassungen vertreten; soweit ersichtlich, deckt sich unsere Auffassung aber mit der Mehrheit der Lehrmeinungen.

Zeitpunkt der Meldung

Massgeblich für die Entstehung der Meldepflicht(en) ist bei einem Erwerb das sog. Verfügungsgeschäft (Closing) und nicht das vorangehende Verpflichtungsgeschäft (Signing).

Auch der originäre Erwerb, d.h. beispielsweise der Erwerb von Aktien im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung, stellt ein meldepflichtiges Geschäft dar. Die Meldepflicht entsteht in diesen Fällen mit dem Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister.

Darüber hinaus ist jede Änderung des Vor- oder Nachnamens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person zu melden (Art. 697j Abs. 2 OR).

Ausnahmen von der Meldepflicht

Gesetzliche Ausnahmen

Gemäss Gesetz besteht die Meldepflicht nicht, wenn Aktien einer Gesellschaft erworben werden,

- deren Aktien an einer Börse kotiert sind (Art. 697i Abs. 1 und Art. 697j Abs. 1 OR). Dies gilt auch für an einer Börse im Ausland kotierte Aktien, sofern diese ein ähnliches Transparenzregime aufweisen. Nicht notwendig ist die Kotierung aller bzw. der betroffenen Anteilskategorie(n);
- deren Aktien als Bucheffekten ausgestaltet sind, wobei die Gesellschaft in diesem Fall eine Verwahrungsstelle in der Schweiz bezeichnen muss, bei der die Anteile hinterlegt oder in das Hauptregister eingetragen werden (Art. Art. 697i Abs. 4 und Art. 697j Abs. 3 OR).

Erwerb durch Publikumsgesellschaft

Die Meldepflicht besteht ausserdem auch dann nicht, wenn eine Publikumsgesellschaft (börsenko-

tierte Gesellschaft) selbst oder deren mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaften meldepflichtige Anteile erwerben (Art. 4 Abs. 1 Geldwäschereigesetz, GwG, per analogiam). Begründet wird diese Auffassung damit, dass die von der GAFI und dem Global Forum geforderte Transparenz aufgrund der börsenrechtlichen Transparenzvorschriften bereits gewährleistet ist. Die direkt oder indirekt mehrheitlich gehaltenen Tochtergesellschaften einer börsenkotierten Muttergesellschaft weisen im Ergebnis dieselben wirtschaftlich berechtigten Personen auf.

Negativmeldung

Fraglich ist, ob auch dann eine Meldung gemäss Art. 697j OR erstattet werden soll, wenn keine wirtschaftlich berechtigte Person im Sinne von Art. 697j OR vorhanden ist (sog. Negativmeldung). Eine solche Pflicht ist nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen. Deshalb besteht unseres Erachtens keine Pflicht, eine Negativmeldung zu erstatten.

Aus praktischer Sicht empfehlen wir in der Regel folgendes, differenziertes Vorgehen:

- Bei Aktionären *ohne* kotierte Aktien ist es empfehlenswert, dass der Aktionär eine Negativmeldung erstattet resp. dass von der Gesellschaft eine Negativmeldung einverlangt wird. Aus Sicht der Gesellschaft und deren Verwaltungsrat dient eine Negativmeldung dazu, nachzuweisen, dass der Aktionär nicht säumig ist, sondern aufgrund der Verhältnisse keine Pflicht hat, eine Meldung zu erstatten. Auch der Aktionär hat ein Interesse daran, Klarheit zu schaffen, um das Risiko zu minimieren, dass ihm die Ausübung seiner Rechte verwehrt wird. Kennt der Verwaltungsrat die Verhältnisse bereits aufgrund anderer Quellen, kann von einer Negativmeldung abgesehen werden.
- Bei (direkten oder indirekten) Aktionären *mit* kotierten Aktien wird keine Negativmeldung erstattet (zur Begründung siehe vorne «Erwerb durch Publikumsgesellschaft»). Der Verwaltungsrat weiss in der Regel, dass der direkte oder indirekte Aktionär eine börsenkotierte Gesellschaft ist.

In der Negativmeldung teilt der Aktionär der Gesellschaft mit, dass er (meistens wird es sich in diesem Fall um eine juristische Person handeln) zwar die Schwelle von 25% am Aktienkapital oder den Stimmrechten an der Gesellschaft erreicht, aber keine wirtschaftlich berechtigte Person im Sinne von Art. 697j OR aufweist. Diese Meldung kann auch weitere Erklärungen über die Kontrollverhältnisse beinhalten.

Da eine Negativmeldung nur dazu dient, Klarheit über die Einhaltung der Meldepflicht zu schaffen, müssen Änderungen des Namens und der Adresse nicht gemeldet werden (vgl. Art. 697j Abs. 2 OR).

Pflichten des Verwaltungsrates

Auch dem Verwaltungsrat von Schweizer Aktiengesellschaften wurden im Zusammenhang mit den Meldepflichten der Aktionäre neue Pflichten auferlegt. Der Verwaltungsrat muss sicherstellen, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben (Art. 697m Abs. 4 OR). Ausserdem muss die Gesellschaft ein Verzeichnis über die Inhaberaktien und die wirtschaftlich berechtigten Personen führen und die Belege, welche den Meldungen zugrunde liegen, aufbewahren (Art. 697l OR).

Unseres Erachtens hat der Verwaltungsrat bei der Umsetzung des gesetzlichen Auftrages eine Durchsetzungs-, jedoch keine Nachforschungspflicht. Konkret bedeutet dies:

- Vor der Durchführung der Generalversammlung muss der Verwaltungsrat entweder über entsprechende Meldungen der meldepflichtigen Aktionäre oder anderweitig über gesichertes Wissen verfügen, dass keine Meldepflicht besteht (z.B. aufgrund Kotierung des Aktionärs, Kenntnis der Verhältnisse der einzelnen Aktionäre, welche über 25% der Aktien oder Stimmrechte an der Gesellschaft halten).
- Der Verwaltungsrat darf keine Zahlung von Dividenden und anderen finanziellen Leistungen an Aktionäre vornehmen, die ihre Meldepflichten nicht wahrgenommen haben.

- Der Verwaltungsrat muss die Meldungen nicht auf ihre Korrektheit hin überprüfen, es sei denn, es liegen ernsthafte Verdachtsmomente vor, dass die Meldung des Aktionärs nicht korrekt ist.

Rechtsfolgen bei Verletzung der Meldepflichten

Wie bereits eingangs erwähnt, sind die Rechtsfolgen bei Verletzung der Meldepflichten empfindlich: Kommt ein Aktionär seinen Meldepflichten nicht nach oder sind die Meldungen inkorrekt, ruhen oder verwirken sogar seine Mitgliedschafts- und Vermögensrechte (Art. 697m Abs. 1 und 2 OR). Einschneidend ist insbesondere die Rechtsfolge der Verwirkung von Dividendenansprüchen, wenn der Aktionär seinen Meldepflichten nicht innert Monatsfrist nach Erwerb nachkommt (Art. 697m Abs. 3 OR). Holt er die Meldung zu einem späteren Zeitpunkt nach, kann er nur die ab diesem Zeitpunkt entstehenden Dividendenansprüche geltend machen.

In der Lehre ist umstritten, ob diese Rechtsfolgen erst ab Ablauf der einmonatigen Meldefrist eintreffen oder bereits ab Erwerb und so lange gelten, bis die Meldung vorgenommen wurde. Vorsichtshalber sollten die Meldungen so rasch wie möglich, am besten gleichzeitig mit dem Erwerb, vorgenommen werden.

Die Mitwirkungsrechte umfassen im Wesentlichen das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, das Stimmrecht sowie Informations- und Schutzrechte. Jeder Aktionär kann gegen die Teilnahme einer suspendierten Person Einspruch erheben (Art. 691 Abs. 2 OR). Unter Mitwirkung des Nichtberechtigten gefasste Beschlüsse oder vollzogene Wahlen sind anfechtbar (Art. 691 Abs. 3 OR).

Die Vermögensrechte umfassen insbesondere Dividenden, aber auch Vorwegzeichnungs- und Bezugsrechte und das Recht auf Anteil am Liquidationsüberschuss sowie etwaige Bauzinsen. Die trotz Sistierung oder Verwirkung ausbezahlten finanziellen Leistungen (insbesondere Dividenden) sind rückforderbar (Art. 678 Abs. 1 OR). Ausserdem ist zu beachten, dass Leitungsorgane für

etwaige Schäden verantwortlich gemacht werden können (Art. 754 OR).

Schlussbemerkungen und Ausblick

Probleme bestehen in der Praxis hauptsächlich in Bezug auf die Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten natürlichen Person. Die Pflicht zur Meldung des Inhaberaktionärs ist vergleichsweise klar.

Es ist damit zu rechnen, dass die neuen Schweizer Transparenzvorschriften in den nächsten Jahren revidiert werden: Das Global Forum hat die im Juli 2015 in Kraft getretenen Schweizer Vorschriften geprüft und Mitte 2016 seinen Bericht vorgelegt und Änderungen empfohlen. Der Bundesrat hatte im Januar 2018 die Vernehmlassung zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum eröffnet. Die Vernehmlassungsfrist lief Ende April 2018 ab. Die Vernehmlassungsvorlage enthielt einige weitergehende Massnahmen, wie z.B. die gänzliche Abschaffung der Inhaberaktien und die Einführung von strafrechtlichen Sanktionen bei Verletzung der Meldepflichten.

Kernaussagen

- Erwerber von Inhaberaktien müssen seit 1. Juli 2015 ihre Identität offenlegen. Werden 25% oder mehr des Aktienkapitals oder der Stimmrechte an einer Schweizer Aktiengesellschaft erworben (Inhaber- oder Namenaktien), muss der Aktionär der Zielgesellschaft zudem die Identität der wirtschaftlich berechtigten natürlichen Person(en) melden. Wird die Meldepflicht nicht eingehalten, drohen empfindliche Sanktionen. Für GmbH und Genossenschaft gelten teilweise analoge Vorschriften.
 - Von der Meldepflicht ausgenommen sind folgende Konstellationen: (i) Erwerb von kotierten Aktien; (ii) Ausgestaltung der Aktien als Bucheffekten mit einer Schweizer Verwahrungsstelle. In der Praxis wird auch von einer Meldung abgesehen, wenn der Erwerber (direkt oder indirekt) an der Börse kotiert ist.
 - Ist der meldepflichtige Aktionär eine juristische Person, handelt es sich um eine sog. mehrstufige Beteiligungsstruktur. Für die Meldung der wirtschaftlich berechtigten natürlichen Person(en) ist in diesem Fall unseres Erachtens darauf abzustellen, ob und, wenn ja, wer mehr als 50% der Stimmrechte kontrolliert.
 - Die neuen OR-Bestimmungen werfen eine Fülle konzeptioneller und begrifflicher Fragen auf, welche wohl dereinst durch eine Gesetzesrevision oder Gerichte geklärt werden. Bis zur Klärung dieser Fragen sollte in komplexen Fällen ein Spezialist beigezogen werden.
-