

Aktualität

- Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) - Derivatehandel
- Dividenden ohne Vorliegen eines Revisionsberichtes

Sehr geehrte Kunden und Geschäftsfreunde

Gerne informieren wir Sie mit unserem elektronischen Newsletter über Neuerungen und Aktualitäten. Zögern Sie nicht, bei Fragen unsere MandatsleiterInnen (<http://www.fidinter.ch/de/unternehmung/team-zuerich>) zu kontaktieren.

Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG - Derivatehandel

Das Finanzmarktinfrastukturgesetz (Abkürzung FinfraG) reguliert unter anderem den Derivatehandel und ist per 1. Januar 2016 in Kraft getreten. **Dem FinfraG unterliegen alle im Handelsregister eingetragenen Unternehmen** (Art. 77 Abs. 1 FinfraV) sowie Ihre ausländischen Niederlassungen, **unabhängig davon ob mit Derivaten gehandelt wird oder nicht.**

Alle diese Unternehmen müssen in Bezug auf den Derivatehandel einer im FinfraG geregelten Dokumentations-, Überwachungs-, Melde- und Risikominimierungspflicht nachkommen. **Die Kleinen Nicht Finanziellen Gegenparteien, in welche Kategorie die meisten Unternehmen fallen, können sich jedoch von den Pflichten des FinfraG befreien, indem das oberste Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan (z.B. Verwaltungsrat) einen expliziten Beschluss fasst, keine Derivate im Sinne des FinfraG zu halten und / oder zu handeln. Ein solcher Beschluss ist schriftlich in einem Protokoll des obersten Leitungs- und Verwaltungsorganes festzuhalten. Der entsprechende Beschluss sollte bis zum 31.12.2017 erfolgen und anschliessend jährlich im entsprechenden Gremium traktandiert werden.**

Das FinfraG unterscheidet grundsätzlich zwischen Finanziellen Gegenparteien (sogenannte FG) und nicht der FINMA unterstellte Nicht Finanzielle Gegenparteien (sogenannte NFG). Bei beiden Kategorien gibt es eine Unterkategorie für kleine Gegenparteien. Unter Finanzielle Gegenparteien fallen Banken, Effekthändler, Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen, Konzernobergesellschaften einer Finanz- oder Versicherungsgruppe, Fondsleitungen, Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen und von der FINMA regulierte kollektive Kapitalanlagen, Vorsorgeeinrichtungen und Anlagestiftungen, gemäss der schweizerischen Vorsorgegesetzgebung sowie – bei ausländischen Parteien – Parteien mit einem gleichwertigen Status gemäss der ausländischen Regulierung. Unter die Kategorie Nicht Finanzielle Gegenparteien fällt der Rest.

Das FinfraG ist für die Geschäftsjahre **beginnend nach dem 1. Januar 2017** anzuwenden, wobei für die sogenannten Kleinen nichtfinanziellen Gegenparteien (NFG-) gemäss FINMA-Aufsichtsmitteilung 05/2017 vom 18. Oktober 2017 eine Übergangsfrist für die Meldepflicht bis zum 1. Januar 2019 gilt. Die Überwachung der Schwellenwerte wie auch eine allfällige Pflicht zur Risikominderung gilt jedoch unabhängig der Meldepflicht.

Als Kleine NFG (sogenannte NFG-) gelten Unternehmen, wenn alle ihre über 30 Arbeitstage berechneten gleitenden Durchschnittsbruttopositionen in den massgebenden ausstehenden OTC (over the counter) - Derivatgeschäften unter den Schwellenwerten liegen. Für die Ermittlung der Durchschnittspositionen ausstehender OTC-Derivatgeschäfte von NFG- gelten gemäss Art. 88 FinfraV die folgenden Schwellenwerte:

- | | | |
|----|-----------------|------------------------|
| a) | Kreditderivate: | 1,1 Milliarden Franken |
| b) | Aktienderivate: | 1,1 Milliarden Franken |
| c) | Zinsderivate: | 3,3 Milliarden Franken |

- | | | |
|----|---|------------------------|
| d) | Devisenderivate: | 3,3 Milliarden Franken |
| e) | Rohwarenderivate und sonstige Derivate: | 3,3 Milliarden Franken |

Werden die massgebenden Schwellenwerte überschritten, so gilt diese Gegenpartei nach vier Monaten ab dem Zeitpunkt des Übersteigens nicht mehr als klein.

In die Kategorie der Kleinen Nicht Finanziellen Gegenpartien (NFG-) fallen die meisten Unternehmen, weshalb im Folgenden nur auf die sich ergebenden Pflichten aus dem FinfraG für diese Kategorie gültig ab dem 1. Januar 2016 eingegangen wird.

Wird kein solcher Beschluss getroffen oder mit Derivaten gehandelt, muss eine NFG- den folgenden Dokumentationspflichten gemäss FinfraG nachkommen:

- a) Überwachung der Schwellenwerte (Art. 100 FinfraG)

Es muss ein internes Register für die Überwachung der Schwellenwerte geführt werden.

- b) Meldung an ein Transaktionsregister (Art. 104 FinfraG), ab 1.1.2019

Ausser bei Transaktionen zwischen zwei NFG- unterliegen alle börsengehandelten (Exchange Traded Derivatives, ETD) und OTC-Derivate-Transaktionen einer Meldepflicht an ein durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) bewilligtes oder anerkanntes Transaktionsregister. Dies gilt auch für konzerninterne Derivate. Es ist bei der Transaktionsmeldung die hierarchische Ordnung, d.h. das «Prinzip der grösseren Gegenpartei» zu beachten. Meldepflichtig ist im Falle der NFG- daher stets die Finanzielle Gegenpartei (FG) oder kleine Finanzielle Gegenpartei (FG-), d.h. z.B. Banken, oder die Nicht Finanzielle Gegenpartei (NFG). In der Praxis wird damit die Meldepflicht beim Handel mit Derivaten für die NFG- häufig durch die Gegenpartei erfüllt. Die Kleinen NFG haben trotzdem alle potenziellen eigenen Meldepflichten zu identifizieren und zu dokumentieren (z.B. Transaktionen mit natürlichen Personen). Bei ausländischen Gegenparteien hat die NFG- zu überprüfen, ob die ausländische Gegenpartei eine Meldung erstattet, welche die Anforderung des FinfraG erfüllen. Es empfiehlt sich, eine Bestätigung einzuholen, dass die Meldungen durch die Gegenpartei FINMA-konform erfolgen.

- c) Risikominderung (Art. 107 FinfraG)

OTC-Derivatgeschäfte (ausser real abgewickelte («physically settled») Währungsswaps und Termingeschäfte), die nicht über eine durch die FINMA bewilligte oder anerkannte zentrale Gegenpartei abgerechnet werden, unterliegen gewissen Risikominderungsanforderungen:

- Rechtzeitige Bestätigung der Vertragsbedingungen
- Implementation von Prozessen zur frühzeitigen Erkennung von Meinungsverschiedenheiten
- Regelmässige Durchführung von Portfoliokompressionen

Gemäss Art. 116 und 117 des FinfraG sind die Einhaltung sowie Meldungen von Verstössen gegen die Bestimmungen zum Handel mit Derivaten durch die eingetragene Revisionsstelle zu prüfen. Die Berichterstattung über das Ergebnis der Prüfung erfolgt an das oberste Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan. Nur bei wesentlichen oder nicht behobenen Verstössen informiert die Revisionsstelle die Generalversammlung oder gegebenenfalls das Eidgenössische Finanzdepartement (aufgrund OR 728c Abs. 1 + 2).

Dividenden ohne Vorliegen eines Revisionsberichtes

Dividendenausschüttungen ohne Vorliegen eines Revisionsberichts zum Antrag des Verwaltungsrates bzw. obersten Gremiums über die Verwendung des Bilanzgewinnes bei Gesellschaften, welche über eine Revisionsstelle als Organ verfügen, kann ungewollte rechtliche und steuerliche Konsequenzen haben!

Gesellschaften, welche über eine Revisionsstelle als Organ verfügen, müssen den Antrag des Verwaltungsrates bzw. obersten Gremiums über die Verwendung des Bilanzgewinnes zwingend durch Ihre Revisionsstelle prüfen lassen, bevor die Generalversammlung über diesen befinden kann. Die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen finden sich in Art. 728a, Abs. 1 Ziff. 2 OR in Verbindung mit Art. 731 Abs. 3 OR im Fall einer ordentlichen Revision bzw. Art. 729a, Abs. 1 Ziff. 2 OR in Verbindung mit Art. 731 Abs. 3 OR im Fall einer eingeschränkten Revision. Die folgenden Ausführungen gelten nur für Gesellschaften mit einer Revisionsstelle als Organ.

Dies bedeutet konkret, dass **ein Dividendenbeschluss der Generalversammlung gemäss Art. 731 Abs. 3 OR nichtig ist, wenn der Generalversammlung kein entsprechender Revisionsbericht zum Antrag des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinnes bzw. ein Antrag des Verwaltungsrates zur Dividendenverwendung von CHF 0 vorliegt. Nichtig bedeutet, dass der Beschluss der Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns rechtlich so zu behandeln ist, wie wenn er gar nie stattgefunden hat, mit allen steuerlichen und rechtlichen Konsequenzen.** In der Theorie müssen die Buchungen in Zusammenhang mit der nichtigen Dividende rückgängig gemacht werden. Sind die nichtigen Dividenden bereits ausgeschüttet worden, hat der Verwaltungsrat in der Theorie die entsprechenden Schritte zur Rückforderung einzuleiten und die Rückforderungen zu verbuchen. Die Problematik stellt sich nun aber bei diesem theoretischen Vorgehen insofern, dass auch ein nichtiges Rechtsgeschäft Steuerfolgen verursachen kann (Möglichkeit der Rückforderung der bereits abgelieferten Verrechnungssteuern, steuerrechtliche Qualifikation einer Rückzahlung der Dividende als Kapitaleinlage mit entsprechenden Folgen bei der Emissionsabgabe, Verzinsung der Darlehen etc.). Zudem stellt sich die Frage der Durchsetzbarkeit der Dividendenrückforderung bei einem zwischenzeitlichen Aktionärswechsel.

Bei einer nicht rückgängigmachung der nichtigen Dividendenauszahlung ist eine zusätzliche rechtliche Problematik zu beachten, indem nämlich die Gesellschaft jederzeit die unrechtmässig ausbezahlten Dividenden zurückfordern kann. Dieses «Damoklesschwert» schwebt über den unrechtmässigen Dividendenbezüglern und kann insbesondere bei einem Wechsel im Aktionariat zum Thema werden.

Die vorher erwähnten gesetzlichen Bestimmungen sind nicht neu, werden aber von den Revisionsstellen neu vermehrt konsequent umgesetzt, wie wir am Markt beobachten. Unter Rechtsexperten strittig sind einzig die rechtlichen Konsequenzen für den Fall, in welchem die Generalversammlung eine höhere als die vom Verwaltungsrat vorgeschlagene und geprüfte Dividende beschliesst.

In der Praxis haben wir in Abhängigkeit von der jeweiligen Revisionsstelle soweit zwei durch die Revisionsstelle verursachte Reaktionsmuster auf nichtige Dividendenbeschlüsse beobachtet:

- 1) Die nichtigen Dividendenbeschlüsse werden rückabgewickelt, als wären sie nie erfolgt. Falls die Dividenden bereits ausbezahlt wurden, wird bei der Gesellschaft eine Forderung gegenüber den betreffenden Aktionären eingebucht. Auf der Basis eines neuen geprüften Dividendenantrags des Verwaltungsrates wird von einer a.o. Generalversammlung ein neuer Dividendenbeschluss getroffen und bei bereits erfolgter Ausschüttung der Dividende mit der eingebuchten Forderung gegenüber Aktionären verrechnet. Diese Vorgehensweise hat grundsätzlich steuerrechtliche Konsequenzen, da aus steuerrechtlicher Sicht eine Ausschüttung mit anschliessender Kapitaleinlage sowie eine erneute Ausschüttung vorliegt.
- 2) Bekräftigung des ursprünglichen Dividendenbeschlusses an einer a.o. Generalversammlung, wobei an dieser Generalversammlung der Revisionsbericht zum ursprünglichen Dividendenantrag vorliegt. Zu empfehlen ist aus steuerrechtlicher Sicht, dass kein neuer Beschluss durch die a.o. Generalversammlung gefasst wird, sondern der ursprüngliche Dividendenbeschluss bekräftigt wird.

Falls auf eine Rückforderung der Dividende durch den Verwaltungsrat verzichtet bzw. die entsprechende Forderung nicht in der Jahresrechnung erfasst wird, so kann dies eine Modifizierung des Prüfungsurteils der Revisionsstelle zur Folge haben (entweder Einschränkung oder Versagung). Zudem kann die Revisionsstelle in ihrem Bericht einen Hinweis auf den Verstoss gegen Art. 731 OR (Abnahme der Rechnung und Gewinnverwendung) vornehmen. **Es empfiehlt sich, das Vorgehen bei Vorliegen eines Verstosses mit der Revisionsstelle und dem Steuerberater vorgängig abzusprechen.**

Grundsätzlich empfiehlt es sich, jeden Gewinnverwendungsvorschlag durch die Revisionsstelle prüfen zu lassen. Bei Anwesenheit der Revisionsstelle an der Generalversammlung stellt dies kein Problem dar, da ein Prüfungsurteil der Revisionsstelle direkt an der Generalversammlung abgegeben werden kann. Häufig ist der Dividendenantrag des Verwaltungsrates zum Zeitpunkt des Datums des Revisionsberichts noch nicht definitiv bekannt. Bei Abwesenheit der Revisionsstelle stellt sich die Problematik insbesondere dann, wenn eine höhere Dividende ausgeschüttet wird, als diejenige, welche gemäss Antrag des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinnes geprüft wurde oder nachträglich an einer ausserordentlichen Generalversammlung eine Dividende aus dem Gewinnvortrag bzw. den freien Reserven beschlossen wurde und dieser Antrag nicht zusätzlich durch die Revisionsstelle geprüft wurde.

Es empfiehlt sich für den Verwaltungsrat daher, bei dem in der geprüften Jahresrechnung enthaltenen Gewinnverwendungsvorschlag grundsätzlich den maximalen Höchstbetrag für eine mögliche Dividende einzusetzen. Der Antrag des Verwaltungsrates kann von der Generalversammlung problemlos nach unten angepasst werden, nach oben jedoch nicht.

Beschliesst eine a.o. Generalversammlung eine a.o. Dividende aus dem Bilanzgewinn des Vorjahres ausserhalb der ordentlichen Gewinnverwendung so sollte vorgängig von der Revisionsstelle eine separate Prüfungsbestätigung des Antrags des Verwaltungsrates über die a.o. Dividende eingeholt werden.

Fidinter Treuhand AG · Müllerstrasse 5 · Postfach · 8021 Zürich · tel +41 44 297 20 50 · zuerich@fidinter.ch · www.fidinter.ch

Disclaimer:

Obwohl die Fidinter Treuhand AG mit aller Sorgfalt auf die Richtigkeit der veröffentlichten Informationen achtet, kann hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit dieser Informationen keine Gewährleistung übernommen werden.

Die Fidinter Treuhand AG behält sich ausdrücklich vor, jederzeit Inhalte ohne Ankündigung ganz oder teilweise zu ändern, zu löschen oder zeitweise nicht zu veröffentlichen.

Haftungsansprüche gegen die Fidinter Treuhand AG wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der veröffentlichten Informationen, durch Missbrauch der Verbindung oder durch technische Störungen entstanden sind, werden ausgeschlossen.