



# Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?

Vor dem Hintergrund der Geldwäschereiprävention sind per 1. Juli 2015 neue Bestimmungen im OR im Zuge der Umsetzung der Empfehlungen der *Groupe d'action financière* (GAFI) in Kraft getreten (sog. GAFI-Gesetz). Die Autoren beantworten in diesem Artikel Sonderfragen im Zusammenhang mit dem GAFI-Gesetz und klären insbesondere, wer die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR ist.

■ Von Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Vischer, LL.M. und MLaw Dario Galli

## A. Neue Meldepflichten für Aktionäre

Art. 697i und Art. 697j OR auferlegen den Erwerbern von Aktien in bestimmten Konstellationen Meldepflichten, die innert Monatsfrist seit Übertragung der Aktien zu Eigentum zu erfüllen sind. Einerseits müssen Erwerber von Inhaberaktien den Erwerb der Gesellschaft melden und ihre Identität offenlegen. Andererseits sind Aktionäre beim Erwerb von Inhaber- und Namenaktien ab Erreichung resp. Überschreitung von 25% des Kapitals oder der Stimmen verpflichtet, die Person zu melden, für die sie letztendlich handeln. Kommen die Aktionäre ihren Meldepflichten nicht innert Frist nach oder sind die Meldungen inkorrekt, ruhen die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte einen Monat nach dem Erwerb. Je nach Auslegung von Art. 697m Abs. 2 und 3 OR verirken die Vermögensrechte zudem zwei oder sechs Monate nach dem Erwerb der Aktien. Wir verweisen diesbezüglich auf unsere Ausführungen im Newsletter TREUHAND kompakt Nr. 05/Mai 2016.<sup>1</sup>

## B. Sonderfragen

Die *prima vista* klaren aktienrechtlichen Bestimmungen des GAFI-Gesetzes entpuppen sich bei genauerer Betrachtung als unpräzise, unklar und missverständlich. Das GAFI-Gesetz birgt diverse Inkonsistenzen sowie Unklarheiten und wirft daher im Ergebnis viele komplexe Fragen auf, welche durch die Gerichte zu klären sein werden. Im Folgenden versuchen die Autoren, die *in praxi* kontrovers diskutierte Frage zu beantworten, wer als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist.

## C. Praxisbeispiel

### I. Fragestellung

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG (siehe Abbildung Seite 8). Es liegt ein

meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird je hälftig von der B AG und der C AG gehalten. D-H (5 Personen) halten je 20% an der B AG. Die Aktionäre der C AG sind I (60%), J (20%) und K (20%). In der Variante haben D-G einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen und das Aktionariat der C AG setzt sich aus I (45%), J (35%) und K (20%) zusammen. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?

### II. Stellungnahme

Bevor die eingangs gestellte Frage beantwortet werden kann (Kapitel C.II.3.), ist der Sinn und Zweck des GAFI-Gesetzes in Erinnerung zu rufen (Kapitel C.II.1.). Ferner zeigen die Autoren zum besseren Verständnis der Meldepflicht gemäss Art. 697j OR das Zusammenspiel und die Konnexität zwischen eben dieser aktienrechtlichen Meldepflicht und der im Geldwäschereigesetz (GwG) verankerten identischen Pflicht der Finanzintermediäre auf (Kapitel C.II.2.).

#### 1. Sinn und Zweck des GAFI-Gesetzes

Ein zentrales Ziel des GAFI-Gesetzes ist die Schaffung von Transparenz bei juristischen Personen.<sup>2</sup> Mit anderen Worten soll klar werden, welche natürliche(n) Person(en) eine juristische Person letztendlich tatsächlich kontrolliert/kontrollieren. Man spricht in diesem Zusammenhang von der/den sog. wirtschaftlich berechtigten Person(en) (*ultimate beneficial owner[s]*).<sup>3</sup> Vorliegend interessiert somit aus Sicht des GAFI-Gesetzes, welche natürlichen Personen an der X AG, also am *Target*, wirtschaftlich berechtigt sind.

#### 2. Pflicht der Finanzintermediäre zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person

Finanzintermediäre (z.B. Banken) sind seit dem 1. Januar 2016 verpflichtet, mit der *nach den Umständen gebotenen Sorgfalt* die an ihren Vertragspartnern wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen (Art. 4 GwG). In Art. 2a Abs. 3 GwG definiert der Gesetzgeber die wirtschaftlich berechtigte Person wie folgt:

«Als wirtschaftlich berechtigte Personen einer operativ tätigen juristischen Person gelten die natürlichen Personen, welche die juristische Person letztendlich dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren. Können diese nicht festgestellt werden, so ist die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen.»

Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung von Art. 697j OR sicherstellen, dass Finanzintermediäre (hier Z Bank) die ihnen durch Art. 4 i.V.m. 2a Abs. 3 GwG auferlegte Pflicht, die an ihren Vertragspartnern (hier X AG) wirtschaftlich berechtigten Personen festzustellen, überhaupt erfüllen resp. die zur Auskunft verpflichteten Vertragspartner von Finanzintermediären gestützt auf das Verzeichnis über die gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697l OR) Auskunft erteilen können.<sup>4</sup> Deswegen – und *nur* aus diesem Grund – hat der Gesetzgeber die Meldepflicht gemäss Art. 697j OR eingeführt.<sup>5</sup> Ohne diese *vorgelagerte* aktienrechtliche Meldepflicht – gleichsam das Pendant zu Art. 4 GwG – könnte die vom GwG verfolgte Zielsetzung, die an einer juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen festzustellen und dadurch die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung effektiver zu bekämpfen, zum vornerein nicht erreicht werden. Deshalb muss der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR und Art. 2a Abs. 3 GwG die identische Bedeutung besitzen.<sup>6</sup>

#### 3. Analyse/Normgehalt von Art. 697j OR

##### 3.1 Vorbemerkung

Der Erwerber meldepflichtiger Anteile muss der Gesellschaft gemäss Art. 697j OR die am erworbenen Aktienpaket und daher *ex lege* auch die mittelbar am *Target* wirtschaftlich berechtigten Personen melden. Dies ergibt



sich aus den identischen Bestimmungen von Art. 697j OR und Art. 4 i.V.m. Art. 2a Abs. 3 GwG sowie der *ratio legis* des GAFI-Gesetzes. Die wirtschaftlich berechtigten Personen sind unseres Erachtens mittels eines *dreistufigen Prüfschemas* festzustellen.

## 3.2 Formeller Test (Prüfschritt Nr. 1)

### a. Grundsatz

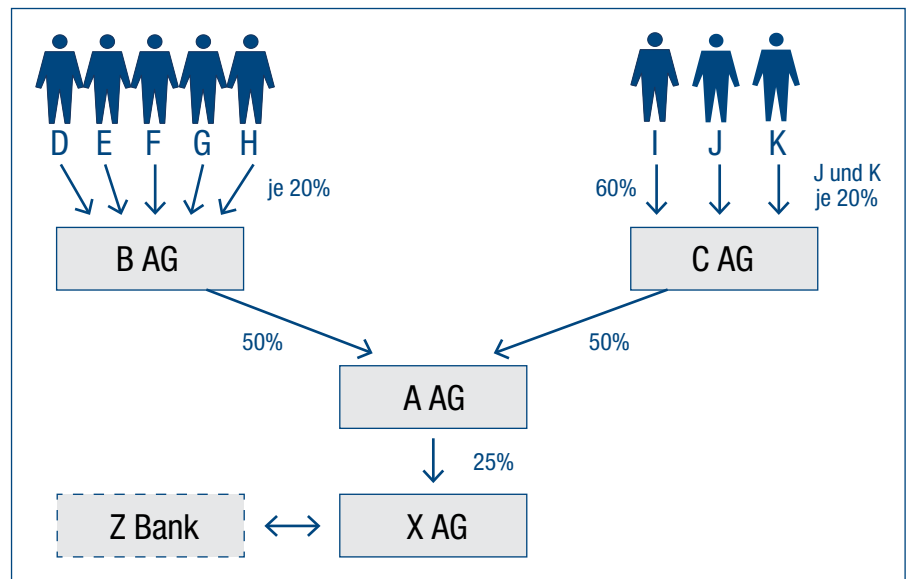
Gemäss dem Wortlaut von Art. 697j OR sind sämtliche wirtschaftlich berechtigten Personen zu melden. Eine qualifizierte Beteiligung wird – entgegen der Regelung im GwG – nicht vorausgesetzt. Dies verlangt einen **formellen Test**. Solange es sich bei den Aktionären um natürliche Personen handelt (*direkte* Beteiligungsstruktur), bleibt die Situation noch überschaubar. Diesfalls ist der Erwerber im Regelfall zugleich auch die wirtschaftlich berechnete Person. Der Gesetzgeber hat jedoch die Konstellation übersehen, dass auch juristische Personen meldepflichtige Anteile erwerben können (*indirekte* Beteiligungsstruktur). Dies führt dazu, dass in Gruppenstrukturen resp. Kettenverhältnissen über mehrere Stufen unter Umständen sehr viele natürliche Personen gemeldet werden müssen, die häufig keine wirkliche Kontrolle besitzen.

### b. Indirekte Beteiligungsstrukturen

Aufgrund der soeben geschilderten Problematik bei indirekten Beteiligungsstrukturen wird zum Teil einschränkend verlangt, dass die am Ende der Kontrollkette stehenden natürlichen Personen, auch über die verschiedenen Beteiligungsstufen betrachtet, tatsächlich eine kontrollierende Stellung in Bezug auf das *Target* innehaben müssen. Diese das *Target* tatsächlich beherrschenden Personen können mit drei verschiedenen Ansätzen herausgefiltert werden.

#### aa. Ansatz Nr. 1: Beteiligung von mind. 25% (Art. 2a Abs. 3 GwG analog)

Ein erster Ansatz besteht darin, den in Art. 2a Abs. 3 GwG verwendeten Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person im Aktienrecht analog heranzuziehen.<sup>7</sup> Dies hat zur Folge, dass auf jeder Beteiligungsstufe bloss natürliche Personen gemeldet werden müssen, die eine zwischengeschaltete Gesellschaft dadurch kontrollieren, indem sie allein mit mind. 25% des Kapitals oder des Stimm-



teils an dieser beteiligt sind (sog. *de minimis*-Regel). Diese *de minimis*-Regel ist auf jeder Beteiligungsstufe gesondert anzuwenden und zwar unabhängig davon, ob auf der vorherigen Stufe bereits wirtschaftlich berechnete Personen gemeldet werden konnten. Es können demnach pro Beteiligungsstufe und über die gesamte Beteiligungsstruktur gesehen jeweils mehrere wirtschaftlich berechnete Personen gemeldet werden. Sind an einer zwischengeschalteten Gesellschaft juristische Personen (hier B AG und C AG) beteiligt, so sind die an der juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen nur festzustellen, wenn die juristische Person mit mind. 25% an der zwischengeschalteten Gesellschaft beteiligt ist.

#### bb. Ansatz Nr. 2: Beteiligung von mind. 50% (Art. 20 VSB 16)

Im Kommentar zur VSB 16 wird die Ansicht vertreten, dass eine tatsächliche Kontrollmöglichkeit generell angenommen werden kann, wenn eine natürliche Person die zwischengeschaltete Gesellschaft mit einer Stimm- oder Kapitalbeteiligung von mehr als 50% beherrscht.<sup>8</sup> Nach diesem Konzept kann es pro zwischengeschaltete Gesellschaft nur eine tatsächlich wirtschaftlich berechnete Person geben. Sind an einer zwischengeschalteten Gesellschaft juristische Personen beteiligt, so sind – wie bei Ansatz Nr. 1 – die an der juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen nur festzustellen, wenn die juristische Person mit mind. 50% an der zwischengeschalteten Gesellschaft beteiligt ist.

#### cc. Ansatz Nr. 3: Multiplikationstest

Einen differenzierteren Ansatz vertreten DIETER GERICKE und DANIEL KUHN, die mittels eines *Multiplikationstests* feststellen wollen, ob die am Ende der Kontrollkette stehenden Personen – über die verschiedenen Beteiligungsstufen betrachtet – noch eine beherrschende Stellung auf den Erwerber des Aktienpakets (hier A AG) innehaben.<sup>9</sup> Dabei werden die verschiedenen Beteiligungen miteinander multipliziert. Dieser Multiplikationstest gelangt jedoch erst zur Anwendung, wenn – wie *in casu* – mind. zwei Beteiligungsstufen (s. sogleich) existieren.

#### dd. Stellungnahme

Zu differenzieren ist, ob einstufige oder zwei- und mehrstufige Beteiligungsverhältnisse vorliegen. Wir verstehen unter «Beteiligungsstufe» jede zwischengeschaltete Gesellschaft (ausgehend vom Erwerber des Aktienpakets als erste Stufe), wobei wir die jeweils relevante letzte Beteiligungsstufe, d.h. jene Stufe an welcher natürliche Personen beteiligt sind und als wirtschaftlich Berechnete gemeldet werden können, nicht mitzählen. Der Multiplikationstest ist ab zweistufigen Beteiligungsverhältnissen den beiden anderen Ansätzen vorzuziehen, da zumindest ansatzweise versucht wird, «materiell» zu untersuchen, ob eine Kontrolle besteht. Bei einstufigen Beteiligungsverhältnissen ist Ansatz Nr. 1 anzuwenden. Es ist nämlich fraglich, ob die in Ansatz Nr. 2 vertretene, extensive Auslegung von Art. 697j OR von einem Gericht geschützt resp. geteilt würde. Überdies entspricht Ansatz Nr. 1 der Regel von Art. 2a Abs. 3 GwG.



Somit wird sichergestellt, dass die Ergebnisse nach GwG und OR in Bezug auf die an einer Gesellschaft wirtschaftlich berechtigten Personen nicht auseinanderklaffen.

### 3.3 Materieller Test (Prüfschritt Nr. 2)

Verfügt das *Target* über keine wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Prüfschritt Nr. 1, so sollte analog zu Art. 2a Abs. 3 GwG in einem zweiten Schritt festgestellt werden, ob es Personen gibt, welche die Gesellschaft auf andere *erkennbare* Art und Weise kontrollieren. Es handelt sich folglich um einen **materiellen Test**, der aufzeigen soll, wer tatsächlich eine juristische Person kontrolliert. Faktische Kontrolle lässt sich beispielsweise bei einem Aktionärsbindungsvertrag, Darlehen oder Ehevertrag sowie bei familiärer Einflussnahme annehmen.<sup>10</sup>

### 3.4 Vorgehen, falls keine wirtschaftlich berechnete Person festgestellt werden kann (Prüfschritt Nr. 3)

Falls keine wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss den Prüfschritten Nr. 1 und Nr. 2 bestehen, so ist ersatzweise – analog zu Art. 2a Abs. 3 GwG – die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs des *Targets*<sup>11</sup> festzustellen.

### 3.5 Prüfschema

Bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen folgendes **Prüfschema** (Kaskadensystem):

#### 1. Formeller Test:

- Einstufige Beteiligungsverhältnisse: Gibt es natürliche Personen, die allein mit mind. 25% des Kapitals oder der Stimmen am Erwerber des Aktienpakets beteiligt sind (Ansatz Nr. 1)?

- Ab zweistufigen Beteiligungsverhältnissen: Gibt es natürliche Personen, die bei Anwendung des Multiplikationstests (Ansatz Nr. 3) tatsächlich eine Kontrolle auf den Erwerber des Aktienpakets ausüben?

Falls ja, sind diese Personen zu melden und die Prüfung ist abgeschlossen. Falls nein, weiter zu Prüfschritt Nr. 2. Sollten juristische Personen an einer zwischengeschalteten Gesellschaft mit mind. 25% beteiligt sein (Ansatz Nr. 1), sind auch die an ihnen wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss diesem Prüfschema festzustellen.

2. **Materieller Test:** Gibt es natürliche Personen, die auf andere erkennbare Weise *faktisch* eine zwischengeschaltete Gesellschaft kontrollieren? Falls ja, sind diese Personen zu melden und die Prüfung ist abgeschlossen. Falls nein, weiter zu Prüfschritt Nr. 3.
3. Falls keine natürlichen Personen im Sinne der vorstehenden Ziffern 1 bis 2 festgestellt werden können, ist *ersatzweise* die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs des *Targets* festzustellen und als wirtschaftlich berechnete Person zu melden. Dies ist in der Regel der CEO und wo kein solcher vorhanden ist, der Verwaltungsratspräsident.

### 3.6 Ergebnis

Die A AG muss im Grundsachverhalt und in der Variante D-K als wirtschaftlich berechnete Personen melden. Wendet man hingegen den oben skizzierten Multiplikationstest an, ist im Grundsachverhalt I als wirtschaftlich berechnete Person zu melden ( $60\% \times 50\% = 30\% > 25\%$ ). In der Variante gibt es aus formeller Sicht keine wirtschaftlich berechnete Person. Selbst I mit einer Beteiligung von 45% besitzt an der A AG keine konsolidierte Beteiligung von mind. 25% ( $45\% \times 50\% = 22,5\%$ ).

< 25%). Daher sind in der Variante D-G, die das *Target* faktisch kontrollieren, zu melden.

### D. Fazit

Die in Art. 697j OR stipulierte aktienrechtliche Meldepflicht dient als dem GwG vorgelagerte Pflicht einzig dem Zweck, dass die Finanzintermediäre die an ihrem Vertragspartner wirtschaftlich berechtigten Personen feststellen können. Es sind demnach die am erworbenen Aktienpaket resp. die mittelbar am *Target* wirtschaftlich berechtigten Personen zu melden. Bei indirekten Beteiligungsverhältnissen sind die wirtschaftlich berechtigten Personen mittels unseres dreistufigen Kaskadenprüfschemas festzustellen.

### FUSSNOTEN

- 1 MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrates gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten, in: Newsletter TREUHAND kompakt Nr. 05/Mai 2016, S. 1–3.
- 2 VISCHER/GALLI (Fn. 1), S. 2.
- 3 SABINE KILGUS/PAOLO LOSINGER, Das revidierte Geldwäschereigesetz ab 1. Januar 2016, in: TREX 2015, S. 278–284, S. 280.
- 4 Siehe LUCA BERNASCONI/LEANDRO NOI, La nuova Convenzione di diligenza delle Banche 2016, in: *Novità fiscali* 2016, S. 30–32, S. 32.
- 5 Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBI 2014, 683.
- 6 Vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), S. 16.
- 7 So bereits MARKUS VISCHER, Erste Antworten zu von Art. 697–697m OR und Art. 1–3 UeB betreffend Transparenz von Aktiengesellschaften aufgeworfenen Fragen, Newsletter Special Edition Walder Wyss AG, 1. Juli 2015, <<http://www.walderwyss.com/publications/1635.pdf>> (besucht am 11.05.2016), IV.3.E.
- 8 KATHRIN HEIM, VSB 2016, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genève 2016, S. 178 f.
- 9 DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: *AJP* 2015, S. 849–867, S. 857.
- 10 HEIM (Fn. 8), Art. 20 S. 181.
- 11 Gl. A. Urs P. GNOS/DOMINIK HOHLER, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2015*, in: njus.ch, Bern 2016, S. 24 f.

Prüfschritt	Grundsachverhalt	Variante
Prüfschritt Nr. 1 (formeller Test)		
Wortgetreue Anwendung	D-K	D-K
Art. 2a Abs. 3 GwG analog ( <i>de minimis</i> -Regel)	I	I und J
VSB 16	I	–
Multiplikationstest	I	–
Prüfschritt Nr. 2 (materieller Test)		
Materieller Test	n/a	D-G
Prüfschritt Nr. 3		
Art. 2a Abs. 3 GwG analog	n/a	n/a



### AUTOREN

**Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Vischer, LL.M.**, ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.



**MLaw Dario Galli** ist Substitut in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Bern/Zürich.