

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

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich) und MLaw Dario Galli (Bern)

I. Einleitung

Vor dem Hintergrund der Geldwäschereiprävention sind per 1. Juli 2015 im Zuge der Umsetzung der Empfehlungen der *Groupe d'action financière* (GAFI) neue Bestimmungen im OR¹ – u.a. die Art. 697i–Art. 697m – in Kraft getreten (sog. GAFI-Gesetz²).³ Dieses umfassende Reformvorhaben geht auf die 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen zurück.⁴

Art. 697i und Art. 697j OR auferlegen den Erwerbern von Aktien in bestimmten Konstellationen Meldepflichten, die innert Monatsfrist⁵ seit Übertragung der Aktien zu Eigentum⁶ zu erfüllen sind. Einerseits müssen Erwerber von Inhaberaktien den Erwerb der Gesellschaft melden und ihre Identität offenlegen (Art. 697i OR). Andererseits sind Aktionäre beim Erwerb von Inhaber- und Namenaktien ab Erreichung resp. Überschreitung von 25% des Kapitals oder der Stimmen gemäss Art. 697j OR verpflichtet, die Person zu melden, für die sie letztendlich handeln (sog. *wirtschaftlich berechnigte Person*).⁷ Kommen die Aktio-

Die Autoren definieren den Rechtsbegriff des wirtschaftlich Berechnigten, der bei der Umsetzung der GAFI-Bestimmungen eine Schlüsselrolle spielt, und eruieren das Vorgehen zur Feststellung der wirtschaftlich berechnigten Person. Sie setzen sich mit der in der Praxis kontrovers diskutierten Frage auseinander, wer als wirtschaftlich berechnigte Person gemäss Art. 697j OR zu melden ist, und verweisen zum besseren Verständnis dieser Meldepflicht insbesondere auf die Konnexität zwischen der aktienrechtlichen Meldepflicht und der im Geldwäschereigesetz verankerten, identischen Meldepflicht der Finanzintermediäre.

Zi.

Les auteurs définissent la notion juridique d'ayant droit économique, un concept clé dans la mise en œuvre des recommandations du GAFI, et expliquent la manière d'établir l'ayant droit économique. Ils analysent la question controversée en pratique de savoir qui, selon l'art. 697j CO, doit être annoncé en tant qu'ayant droit économique. Pour mieux illustrer ce devoir d'annoncer, ils font en particulier référence au rapport de connexité existant entre l'obligation d'annoncer du droit des sociétés et le même type d'obligation prévu par la loi sur le blanchiment d'argent à la charge des intermédiaires financiers. P.P.

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

² Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der *Groupe d'action financière*, BBI 2014 9689.

³ Neben dem OR wurde u.a. auch das Stiftungsrecht revidiert. Siehe dazu z.B. *Hans Michael Riemer*, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, SZW 2016 70 ff. oder Praxismitteilung EHRA 3/15, REPRAX 2015 39 ff.

⁴ GAFI (2012), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation (zit. GAFI-Empfehlungen 2012), <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>> (besucht am 25.9.2016).

⁵ Bei der Fristberechnung ist Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR zu berücksichtigen.

⁶ Weitergehend *CHK-Philip Spoerlé*, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 697i N 11 und Art. 697j N 18. Der Autor vertritt die Meinung, dass auch die Begründung einer Nutzniessung unter den Begriff «Erwerb» falle.

⁷ Die Ausführungen zu Art. 697j OR gelten *mutatis mutandis* auch für die GmbH (vgl. Art. 790a OR).

näre ihren Meldepflichten nicht innert Frist nach oder sind die Meldungen inkorrekt, ruhen die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte entgegen der Mehrheitsmeinung in der Lehre erst einen Monat *nach* dem Erwerb.⁸ Je nach Auslegung von Art. 697m Abs. 2 und 3 OR verirken die Vermögensrechte nach der hier vertretenen, aber nicht unbestrittenen Auffassung zudem zwei oder sechs Monate nach dem Erwerb der Aktien.⁹ Auch dem Verwaltungsrat wurden im Zusammenhang mit dem GAFI-Gesetz neue Pflichten auferlegt. Er hat sicherzustellen, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben (Art. 697m Abs. 4 OR). Verletzt der Verwaltungsrat seine Pflichten, zeitigt dies unter Umständen zivil- und oder strafrechtliche Konsequenzen.¹⁰

⁸ Gl.A. *Henry Peter/Tamara Erez*, Nuovi obblighi di annuncio e tenuta dell'elenco per le società anonime, NF 2015 32; *Urs P. Gnös/Dominik Hohler*, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2015, njus.ch, Bern 2016, 30; *Dieter Gericke/Daniel Kuhn*, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechnigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 2015 861; *Markus Vischer*, Erste Antworten zu von Art. 697i–697m OR und Art. 1–3 UeB betreffend Transparenz von Aktiengesellschaften aufgeworfenen Fragen, Newsletter Special Edition Walder Wyss AG, 1.7.2015, <<http://www.walderwyss.com/publications/1635.pdf>> (besucht am 25.9.2016), Kapitel VII.3.E.; a.M. *OFK-Manuel Meyer*, Obligationenrecht, Zürich 2016, Art. 697m N 5; *Olivier Thévoz*, Transparence des personnes morales et publicité des participations, EF 2016 576; *Guy Mustaki/Shervine Nafissi*, Les sanctions en matière d'obligation d'annonce des actionnaires (art. 697m CO), SZW 2016 286; *OFK-Stephan Dekker*, Aktienrecht, Zürich 2016, Art. 697m N 6; *CHK-Spoerlé* (Fn. 6) Art. 697m N 12; *Rolf Sethel/Carlo Egle*, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 2015 523; *Therese Amstutz*, Neue Pflichten für Anteilseigner und Gesellschaften im Zuge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, 7.4.2015, <<http://www.kpmg.com/CH/de/Library/Articles-Publications/opportunities-and-risks/Documents/ch-pub-20150904-chancen-risiken-neue-pflichten-anteilseigner-de.pdf>> (besucht am 25.9.2016), 8; *Peter Lutz/Martin Kern*, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, SJZ 2015 308; *Praxismitteilung EHRA 1/15*, REPRAX 2015 60; *Nicolas Facincani/Reto Sutter*, Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, TREX 2015 219; *Philippe Jacquemoud/Benjamin Vignieu*, Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, GesKR 2015 544; *Jean Nicolas Druel/Eva Druel Just/Lukas Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 10 N 20b; *Lukas Glanzmann/Philip Spoerlé*, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?, GesKR 2014 17.

⁹ *Vischer* (Fn. 8) Kapitel VII.3.G.; siehe ferner *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 8) 17.

¹⁰ Ausführlich *Markus Vischer*, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten,

Die *prima vista* klaren aktienrechtlichen Bestimmungen des GAFI-Gesetzes entpuppen sich bei genauerer Betrachtung als unpräzise, unklar und missverständlich.¹¹ 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.¹² Im Folgenden beantworten die Autoren die in der Praxis kontrovers diskutierte Frage, wer als wirtschaftlich berechnigte Person gemäss Art. 697j OR zu melden ist, und klären diesen Schlüsselbegriff des GAFI-Gesetzes.¹³

II. Normgehalt von Art. 697j OR

Bevor die Autoren aufzeigen, wie die wirtschaftlich berechnigte Person festgestellt werden kann (Kapitel II.B.), wird der unbestimmte Rechtsbegriff der wirtschaftlich berechnigten Person gemäss Art. 697j OR ausgelegt und definiert (Kapitel II.A.). Dabei zeigen die Autoren zum besseren Verständnis der Meldepflicht gemäss Art. 697j OR insbesondere auch das Zusammenspiel und die Konnexität zwischen ebendieser aktienrechtlichen Meldepflicht und der im GwG¹⁴ verankerten identischen Pflicht der Finanzintermediäre auf.

A. Definition der wirtschaftlich berechnigten Person

1. Einleitung/Problemstellung

Im Falle eines meldepflichtigen Erwerbs ist der formelle Anteilseigner gemäss Art. 697j OR verpflichtet, die an den erworbenen Aktien wirtschaftlich berechnigte Person (bzw.

SJZ 2016 113 ff.; *Markus Vischer/Dario Galli*, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrates gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten, Newsletter TREUHAND kompakt Nr. 05 2016 1 ff., <<http://www.walderwyss.com/publications/1820.pdf>> (besucht am 25.9.2016).

¹¹ Ähnlich *Lukas Glanzmann*, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, <http://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2015/07/neue-transparenzvorschriften/ar_emea_neuetransparenzvorschriften_jul15.pdf?la=en> (besucht am 25.9.2016), 39.

¹² Siehe *Vischer* (Fn. 8) *passim* oder *Philip Spoerlé*, Neue Transparenz und Offenlegungspflichten, EF 2015 733 ff.

¹³ So bereits *Markus Vischer/Dario Galli*, Wer ist die wirtschaftlich berechnigte Person gemäss Art. 697j OR?, Newsletter TREUHAND kompakt Nr. 06 2016 7 ff., <<http://www.walderwyss.com/publications/1833.pdf>> (besucht am 25.9.2016).

¹⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, SR 955.0.

den «wirtschaftlichen Eigentümer»¹⁵⁾ zu melden. Die Rechtsfigur der wirtschaftlich berechtigten Person war dem Schweizer Recht bereits vor Inkrafttreten von Art. 697j OR bekannt (siehe z.B. den 1990 in Kraft getretenen Art. 305^{ter} StGB¹⁶, Art. 4 GwG oder Art. 9 BEHV-FINMA¹⁷ bzw. seit 1. Januar 2016 Art. 10 FinfraV-FINMA¹⁸).¹⁹ Im Zivilrecht stellt sie jedoch ein Novum dar.

Art. 697j OR definiert die wirtschaftlich berechtigte Person als jene *Person, für die der Erwerber letztendlich handelt*. Unbestritten ist, dass an den erworbenen Aktien der formelle Anteilseigner selbst oder ein Dritter wirtschaftlich berechtigt sein kann.²⁰ Hierbei muss es sich aber um eine natürliche Person handeln.²¹ Leider hat der Gesetzgeber auf eine weitergehende, genauere Definition des *Schlüsselbegriffs* der wirtschaftlich berechtigten Person verzichtet. Strittig resp. unklar ist, ob es sich bei der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR lediglich um die sog. «Vermögensträgerin» ohne jegliche Kontrollmöglichkeit handelt, in dessen Vermögen sich der Erwerb schlussendlich auswirkt, oder um diejenige Person, der letztlich die Kontrolle über die erworbenen Aktien zusteht.²² Zuweilen wird in der Lehre sogar die Ansicht vertreten, dass die beiden Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen.²³ Der unbestimmte Rechtsbegriff der wirtschaftlich berechtigten Person bedarf daher einer Auslegung.

2. Auslegung von Art. 697j OR

a. Grammatikalische Auslegung

Der vom Gesetzgeber gewählte Wortlaut («*Person, für die der Erwerber letztendlich handelt*») erinnert an ein *Stellvertretungsverhältnis*.²⁴ Der Grund für diese Formulierung könnte möglicherweise darin liegen, dass sich der Gesetzgeber von dem durch die GAFI verfolgten Ziel, nämlich die Verhinderung der missbräuchlichen Verwendung von Strohmannaktionären, inspirieren liess.²⁵ Das dem Verhältnis zwischen dem Strohmannaktionär und dem wirtschaftlich Berechtigten zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist nämlich in der Regel als fiduziarisches Rechtsverhältnis (z.B. Verwaltungs- oder Erwerbstreuhand²⁶) zu qualifizieren. Die Definition von Art. 697j OR unterscheidet sich somit (zumindest) nach Massgabe des Wortlauts von anderen, bereits kodifizierten Definitionen der wirtschaftlich berechtigten Person wie z.B. im StGB oder GwG.²⁷ Nach *grammatikalischer* Auslegung von Art. 697j OR ist tendenziell davon auszugehen, dass sämtliche Personen gemeldet werden müssen, welche durch den meldepflichtigen Erwerb (direkt oder indirekt) finanziell betroffen sind.²⁸ Eine Kontrolle oder ein Wissen in Bezug auf den Erwerb scheint nicht nötig zu sein.²⁹

b. Historische Auslegung

Weiter ist zu fragen, welche Regelungsabsicht der Gesetzgeber verfolgt hat. In den Gesetzesmaterialien wird die vorliegend interessierende Frage nur oberflächlich behandelt. Die Botschaft geht (ebenso wie die GAFI-Empfehlungen 2012 und das GwG³⁰) davon aus, dass die wirtschaftlich berechtigte Person die «*Person am Ende der Kontrollkette*» ist. Die Gesetzesmaterialien lehnen sich somit stark an die Definition der wirtschaftlich berechtigten Person im GwG an, obwohl ein entsprechender Verweis in Art. 697j OR auf das GwG im Zuge der parlamentarischen

¹⁵ Siehe die Begriffsdefinition des «*beneficial owner*» in Art. 3 Ziff. 6 der Richtlinie 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. L 141/73.

¹⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0.

¹⁷ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.193 (aufgehoben per 1.1.2016).

¹⁸ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel, SR 958.111.

¹⁹ So auch BSK OR II-*Emanuel Dettwiler/Markus Hess*, 5. A., Basel 2016, Art. 697j N 37.

²⁰ Botschaft vom 13.12.2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBI 2014 659.

²¹ *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 8) 12; *OFK-Dekker* (Fn. 8) Art. 697j N 4.

²² BSK OR II-*Dettwiler/Hess* (Fn. 19) Art. 697j N 37; *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 856.

²³ Siehe hinten Kapitel II.A.2.d.ee.

²⁴ Gl.A. *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 855 *in fine*; wohl auch *Facincani/Sutter* (Fn. 8) 217.

²⁵ Siehe hinten Kapitel II.A.2.d.aa. Gl.A. *Philip Spoerlé*, Die Inhaberaktie, Zürich/St. Gallen 2015, N 905.

²⁶ Siehe generell dazu z.B. *Bernhard Berger*, Treuhand- und Trustverhältnisse in der Einzelzwangsvollstreckung und im Konkurs, ZZZ 2008/2009 147 ff.; *Rolf Watter*, Die Treuhand im Schweizer Recht, ZSR 1995 179 ff.

²⁷ Botschaft GAFI (Fn. 20) 659 und 682.

²⁸ Gl.A. *Facincani/Sutter* (Fn. 8) 218; *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 856.

²⁹ *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 8) 12; *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 856.

³⁰ Dazu sogleich hinten Kapitel II.A.2.d.bb/cc.

Beratungen ersatzlos gestrichen wurde.³¹ Die *historische* Auslegung von Art. 697j OR führt somit zum Ergebnis, dass die Kontrollmöglichkeit in Bezug auf die erworbenen Aktien entscheidend ist.

c. Systematische Auslegung

Aufgrund der systematischen Stellung von Art. 697j OR kann nicht abgeleitet werden, ob die wirtschaftlich berechtigte Person lediglich ein Vermögensträger ist oder ob es sich um die Person handelt, der die Kontrolle über die Anteile zukommt. Aus dem *systematischen* Auslegungselement lässt sich somit nichts in Bezug auf die vorliegend interessierende Frage ableiten.

d. Teleologische Auslegung

Schliesslich ist nach Sinn und Zweck sowie der zugrunde liegenden Idee von Art. 697j OR zu fragen. Wie bereits ausgeführt, steht die fragliche Norm in einem grösseren Gesamtzusammenhang im Bereich der Geldwäschereibekämpfung. Aus diesem Grund zeigen die Autoren vorgängigen Sinn und Zweck des GAFI-Gesetzes sowie die Begriffsdefinition der wirtschaftlich berechtigten Person in den GAFI-Empfehlungen 2012 und im GwG auf, bevor sie die *ratio legis* von Art. 697j OR erläutern.

aa. Sinn und Zweck des GAFI-Gesetzes

Ein zentrales Ziel des GAFI-Gesetzes ist die Schaffung von Transparenz bei juristischen Personen.³² Insbesondere soll gemäss der GAFI die missbräuchliche Verwendung von Stroh Männern (sog. *nominee shareholders*) unterbunden werden.³³ Mit anderen Worten soll künftig klar sein, welche natürliche(n) Person(en) eine juristische Person letztendlich tatsächlich kontrolliert bzw. kontrollieren (sog. *ultimate beneficial owner[s]*).³⁴ Somit interessiert aus Sicht des GAFI-Gesetzes im Falle eines meldepflichtigen Erwerbs gemäss Art. 697j OR, welche natürliche(n)

Person(en) am *Target* wirtschaftlich berechtigt ist resp. sind.³⁵

bb. Definition der wirtschaftlich berechtigten Person in den GAFI-Empfehlungen 2012

Art. 697j OR wurde vor dem Hintergrund der GAFI-Empfehlungen 2012 erlassen. Es ist daher angezeigt, im Rahmen der Auslegung von Art. 697j OR die Definition der wirtschaftlich berechtigten Person in den GAFI-Empfehlungen 2012 beizuziehen.

Die GAFI definiert die wirtschaftlich berechtigte Person wie folgt:

«Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.»³⁶

Unter «ultimately owns or controls» und «ultimate effective control» versteht die GAFI Folgendes: «(...) situations in which ownership/control is exercised through a chain of ownership or by means of control other than direct control.»³⁷

Aus Sicht der GAFI ist somit diejenige natürliche Person als wirtschaftlich berechtigt anzusehen, welche die *endgültige tatsächliche Kontrolle* über die erworbenen Aktien ausübt resp. die *Kontrollmöglichkeit* (sog. «controlling ownership interest») an einer juristischen Person besitzt.³⁸

cc. Definition der wirtschaftlich berechtigten Person im GwG

Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG 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

³¹ Glanzmann/Spoerlé (Fn. 8) 12; siehe auch Sabine Kilgus/Paolo Losinger, Das revidierte Geldwäschereigesetz ab 1. Januar 2016, TREX 2015 280.

³² Botschaft GAFI (Fn. 20) 607; Spoerlé (Fn. 25) N 698 ff.; Praxismitteilung EHRA 1/15 (Fn. 8) 56; Sethel/Egle (Fn. 8) 523; Michael Kunz, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, Jusletter 23.2.2015, N 7 ff.; Vischer/Galli (Fn. 13) 2.

³³ GAFI-Empfehlungen 2012 (Fn. 4) Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 24 N 15.

³⁴ Botschaft GAFI (Fn. 20) 607 und 659; GAFI-Empfehlungen 2012 (Fn. 4) Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 24 N 1 und 7 f.; siehe auch Kilgus/Losinger (Fn. 31) 280.

³⁵ Vischer/Galli (Fn. 13) 7; vgl. auch Gnos/Hohler (Fn. 8) 22.

³⁶ GAFI-Empfehlungen 2012 (Fn. 4) 113 (Glossar).

³⁷ GAFI-Empfehlungen 2012 (Fn. 4) 113 (Glossar) Fn. 52.

³⁸ Die GAFI schlägt dabei einen Grenzwert von 25% vor. Siehe GAFI-Empfehlungen 2012 (Fn. 4) Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 10 N 5 Fn. 32.

beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren. Können diese nicht festgestellt werden, so ist die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen.»

Das GwG stellt somit wie die GAFI-Empfehlungen 2012 auf die *Kontrollmöglichkeit* ab.³⁹ Eine Person ist demnach an einer (operativ tätigen) Gesellschaft wirtschaftlich berechtigt, wenn sie diese entweder durch eine qualifizierte Beteiligung oder auf andere Weise faktisch kontrolliert. Kann eine solche Person nicht festgestellt werden, fingiert Art. 2a Abs. 3 GwG, dass das oberste Mitglied des leitenden Organs des *Targets*⁴⁰ wirtschaftlich berechtigt ist.

Im Sinne eines *Exkurses* ist darauf hinzuweisen, dass zum heutigen Zeitpunkt das Verhältnis zwischen Art. 2a Abs. 3 GwG und dem durch die FINMA in der GwV-FINMA⁴¹ eingeführten Konzept des *Kontrollinhabers* unklar ist. Art. 2 lit. f GwV-FINMA bestimmt:

«Kontrollinhaberin oder -inhaber: natürliche Personen, die über Stimmen oder Kapital mit mindestens 25 Prozent direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten oder auf andere Weise die Kontrolle über eine operativ tätige juristische Person ausüben und als wirtschaftlich Berechtigte an diesen von ihnen kontrollierten operativ tätigen Unternehmen gelten, oder ersatzweise die geschäftsführende Person eines solchen Unternehmens.»

Nach dieser Definition hat eine operativ tätige Gesellschaft immer einen Kontrollinhaber. Ein Kontrollinhaber ist aber nur dann zugleich auch als wirtschaftlich berechtigte Person anzusehen, wenn er die Gesellschaft gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG beherrscht.⁴² Die ersatzweise gemeldete geschäftsführende Person einer operativ tätigen Gesellschaft (z.B. der CEO) ist demnach lediglich Kontrollinhaberin, nie aber wirtschaftlich berechtigte Person.⁴³ Dadurch wird die Fiktion von Art. 2a Abs. 3 GwG, wonach *jede* operativ tätige Gesellschaft eine wirtschaftlich berechtigte natürliche Person hat (und zwar unabhängig da-

von, ob diese auch tatsächlich wirtschaftlich berechtigt ist), zerstört.⁴⁴ Dieses mittels Behördenverordnung eingeführte Konzept lässt sich u.E. kaum mit dem gesetzgeberischen Willen in Bezug auf Art. 2a Abs. 3 GwG vereinbaren. Folgerichtig ist – insbesondere aus Sicht des Gesellschaftsrechts⁴⁵ – an der Definition der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG uneingeschränkt festzuhalten.⁴⁶

dd. Zwischenfazit

Mit Blick auf das hier untersuchte Auslegungsproblem kann festgehalten werden, dass durch Erlass von Art. 697j OR die Transparenz bei juristischen Personen erhöht werden sollte. Aus Sicht der GAFI sowie dem GwG soll offengelegt werden, welche Personen letztendlich eine juristische Person tatsächlich kontrollieren. Es erscheint daher fraglich, ob der Gesetzgeber wirklich einen von den GAFI-Empfehlungen 2012 und dem GwG abweichenden Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person kreieren wollte. Dies ist u.E. zu verneinen.

ee. Stellungnahme

Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung von Art. 697j OR zum einen sicherstellen, dass Finanzintermediäre die ihnen durch Art. 4 i.V.m. 2a Abs. 3 GwG auferlegte Pflicht, die an ihren Vertragspartnern wirtschaftlich berechtigten Personen festzustellen, überhaupt erfüllen können. Zum anderen sollen die zur Auskunft verpflichteten Vertragspartner von Finanzintermediären gestützt auf das Verzeichnis über die gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697j OR) Auskunft erteilen können.⁴⁷ Deswegen – und *nur* aus diesem Grund – hat der Gesetzgeber die Meldepflicht gemäss Art. 697j OR eingeführt.⁴⁸ Ohne diese *vorgelagerte* aktienrechtliche Meldepflicht – gleichsam das Pendant zu Art. 4 GwG – könnte das vom GwG verfolgte Ziel, die an einer juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen festzustellen und dadurch die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung effektiver zu bekämpfen, von vornherein nicht erreicht werden. Deshalb muss der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person

³⁹ Gl.A. *Sylvain Matthey*, Know Your Customer: Quo Vadis?, SZW 2016 126.

⁴⁰ Siehe hinten Kapitel II.B.4.

⁴¹ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor, SR 955.033.0.

⁴² Gl.A. *Kilgus/Losinger* (Fn. 31) 281.

⁴³ Gl.A. Anhebungsbericht zur Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) vom 3.6.2015, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2015/06/mm-gwv-finma-20150623/>> (besucht am 25.9.2016), 16.

⁴⁴ Vgl. Botschaft GAFI (Fn. 20) 683.

⁴⁵ Siehe dazu sogleich hinten Kapitel II.B.

⁴⁶ Wohl gl.A. *Kilgus/Losinger* (Fn. 31) 281.

⁴⁷ Siehe GAFI-Empfehlungen 2012 (Fn. 4) Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 24 N 7 ff.; *Lutz/Kern* (Fn. 8) 307; *Luca Bernasconi/Leandro Noi*, La nuova Convenzione di diligenza delle Banche 2016, NF 2016 32.

⁴⁸ Botschaft GAFI (Fn. 20) 683.

gemäss Art. 697j OR und Art. 2a Abs. 3 GwG u.E. die identische Bedeutung besitzen.⁴⁹

Für die identische Bedeutung des Begriffs der wirtschaftlich berechtigten Person im OR und GwG spricht noch ein weiteres Argument. Bei wortgetreuer Anwendung von Art. 697j OR müssten sämtliche wirtschaftlich berechtigten Personen gemeldet werden. Eine qualifizierte Beteiligung wird – entgegen der Regelung im GwG – nicht vorausgesetzt. Solange es sich bei den Aktionären um natürliche Personen handelt (*direkte* Beteiligungsstruktur), stellt dies kein Problem dar. Diesfalls kann von der Annahme ausgegangen werden, dass der Erwerber im Regelfall zugleich auch die wirtschaftlich berechtigte Person ist. 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 müssten, die häufig keine qualifizierte Beteiligung gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG halten, geschweige denn eine wirkliche Kontrolle ausüben. Mit anderen Worten müssten gemäss Art. 697j OR unzählige Personen gemeldet werden, welche aus Sicht des GwG bedeutungslos sind. Dies widerspricht der Logik des GAFI-Gesetzes und kann keinesfalls die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Sodann sprechen auch Praktikabilitätsgründe gegen eine solche wortgetreue Auslegung von Art. 697j OR. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es nicht mit der *ratio legis* von Art. 697j OR zu vereinbaren ist, wenn dem Schlüsselbegriff der wirtschaftlich berechtigten Person eine andere Bedeutung als jene im GwG und den GAFI-Empfehlungen 2012 beigemessen würde. Demnach ist die Definition von Art. 2a Abs. 3 GwG im Rahmen von Art. 697j OR analog beizuziehen.

In der Lehre wird zuweilen die Ansicht vertreten, dass eine Person nur dann als wirtschaftlich berechtigt anzusehen ist, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Einerseits muss sie Einfluss auf den Erwerb der fraglichen Anteile nehmen können und andererseits muss sich der Erwerb auf ihr Vermögen auswirken.⁵⁰ Diese Definition resp.

das zusätzliche Erfordernis des Vermögenszuflusses schränkt den Anwendungsbereich von Art. 697j OR erheblich ein. Im Ergebnis würden diverse Lebenssachverhalte wie z.B. Anlagefonds nicht von der Bestimmung von Art. 697j OR erfasst. Dies lässt sich u.E. nicht mit Sinn und Zweck von Art. 697j OR, dem GwG und den GAFI-Empfehlungen 2012 vereinbaren. Es mag zwar zutreffen, dass aus Sicht der Geldwäschereibekämpfung auch das Kriterium des Vermögenszuflusses von Bedeutung ist. Allerdings hat sich die GAFI ausdrücklich entschieden, auf das Kriterium der Kontrolle abzustellen. Die Einführung eines zusätzlichen Erfordernisses lässt sich daher nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf das GAFI-Gesetz abstützen. Das Kriterium des Geldflusses ist u.E. lediglich ein Indiz für die wirtschaftliche Berechtigung an den Anteilen, jedoch kein zwingendes Kriterium für die Bejahung der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 697j OR.

3. Zusammenfassung

Der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR besitzt nach der hier vertretenen Auffassung die identische Bedeutung wie in Art. 2a Abs. 3 GwG. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus den historischen und teleologischen Auslegungselementen. Daran vermag auch die unterschiedliche Formulierung in den fraglichen Bestimmungen bzw. das grammatikalische Auslegungselement nichts zu ändern. Die wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Art. 697j OR sind demnach jene natürliche Personen, welche eine AG oder GmbH letztendlich dadurch kontrollieren, indem sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25% des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren.

B. Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person in der Praxis

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.⁵¹ Die wirtschaftlich berechtigten Per-

⁴⁹ Gl.A. *Spoerlé* (Fn. 12) 739; *Glanzmann/Spoerlé* (Fn. 8) 12; OFK-Meyer (Fn. 8) Art. 697j N 5c; *Thévoz* (Fn. 8) 575; *Jacquemoud/Vignieu* (Fn. 8) 541; wohl auch *Kunz* (Fn. 32) N 65; *SwissBanking*, Kommentar zur Vereinbarung über die Ständeregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), 16; wohl a.A. *Facincani/Sutter* (Fn. 8) 218; *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 856; BSK OR II-Dettwiler/Hess (Fn. 19) Art. 697j N 37.

⁵⁰ *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 856; BSK OR II-Dettwiler/Hess (Fn. 19) Art. 697j N 37.

⁵¹ Siehe dazu vorne Kapitel II.A.

sonen sind u.E. mittels eines dreistufigen Prüfschemas festzustellen.

2. Formeller Test (Prüfschritt 1)

a. Direkte Beteiligungsstruktur

Erwirbt eine natürliche Person meldepflichtige Anteile, wird sie in der Regel sich selbst als wirtschaftlich berechtigte Person melden müssen. Diese Konstellation bereitet daher keine besonderen Schwierigkeiten.

b. Indirekte Beteiligungsstruktur

Wie aufgezeigt, besitzt der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR und Art. 2a Abs. 3 GwG die identische Bedeutung. Aus Art. 2a Abs. 3 GwG können drei verschiedene Ansätze abgeleitet werden, mithilfe derer diese das *Target* (über die verschiedenen Beteiligungsstufen) tatsächlich beherrschenden Personen herausgefiltert werden können.

aa. Ansatz 1: Beteiligung von mindestens 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.⁵² Dies hat zur Folge, dass auf jeder Beteiligungsstufe bloss natürliche Personen gemeldet werden müssen, die eine zwischengeschaltete Gesellschaft kontrollieren, indem sie allein mit mindestens 25% des Kapitals oder des Stimmenanteils 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 berechtigte Personen gemeldet werden konnten. Es können demnach pro Beteiligungsstufe und über die gesamte Beteiligungsstruktur gesehen jeweils mehrere wirtschaftlich berechtigte Personen gemeldet werden. Sind an einer zwischengeschalteten Gesellschaft juristische Personen beteiligt, so sind die an der juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen nur festzustellen, wenn die juristische Person mit mindestens 25% an der zwischengeschalteten Gesellschaft beteiligt ist.

bb. Ansatz 2: Beteiligung von über 50%

(Art. 20 VSB 16)

Im Kommentar zur VSB 16⁵³ wird die Ansicht vertreten, dass eine tatsächliche Kontrollmöglichkeit generell angenommen werden könne, wenn eine natürliche Person die zwischengeschaltete Gesellschaft mit einer Stimm- oder Kapitalbeteiligung von mehr als 50% beherrscht.⁵⁴ Nach diesem Konzept kann es pro zwischengeschaltete Gesellschaft nur eine tatsächlich wirtschaftlich berechtigte Person geben. Sind an einer zwischengeschalteten Gesellschaft juristische Personen beteiligt, so sind – wie bei Ansatz 1 – die an der juristischen Person wirtschaftlich berechtigten Personen nur festzustellen, wenn die juristische Person mit mindestens 50% an der zwischengeschalteten Gesellschaft beteiligt ist.

cc. Ansatz 3: Multiplikationstest

Einen differenzierteren Ansatz vertreten *Gericke/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 innehaben.⁵⁵ Dabei werden die verschiedenen Beteiligungen miteinander multipliziert. Dieser Multiplikationstest gelangt u.E. jedoch erst zur Anwendung, wenn mindestens zwei Beteiligungsstufen existieren.⁵⁶

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 Berechtigte gemeldet werden können, nicht mitzählen.

Bei *einstufigen* Beteiligungsverhältnissen ist u.E. die *De-minimis*-Regel (Ansatz 1) anzuwenden. Dieser Ansatz entspricht nämlich der Regel von Art. 2a Abs. 3 GwG. Somit wird sichergestellt, dass die Ergebnisse nach GwG und OR

⁵³ Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1.6.2015 (VSB 16).

⁵⁴ *Kathrin Heim*, VSB 2016 – Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, 178 f.; so auch BSK OR II-*Dettwiler/Hess* (Fn. 19) Art. 697j OR N 47.

⁵⁵ *Gericke/Kuhn* (Fn. 8) 857.

⁵⁶ Siehe sogleich hinten Kapitel II.B.2.b.dd.

⁵² So bereits *Vischer* (Fn. 8) Kapitel IV.3.E.

in Bezug auf die an einer Gesellschaft wirtschaftlich berechtigten Personen nicht auseinanderklaffen.

Ab *zweistufigen* Beteiligungsverhältnissen ist der Multiplikationstest (Ansatz 3) den beiden anderen Ansätzen vorzuziehen, da zumindest ansatzweise versucht wird, «materiell» zu untersuchen, ob eine Kontrolle besteht. Zudem entspricht auch Ansatz 3 dem Grundsatz von Art. 2a Abs. 3 GwG, da es sich hierbei um eine Weiterentwicklung der *De-minimis*-Regel handelt. Die diesbezüglich an Ansatz 3 von *Dettwiler/Hess* vorgebrachte Kritik ist u.E. nicht gerechtfertigt.⁵⁷ Es trifft zwar zu, dass unter Umständen durch Anwendung des Multiplikationstests zufällige Ergebnisse generiert werden. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass bereits die in Art. 2a Abs. 3 GwG gewählte Schwelle von 25% willkürlich resp. zufällig festgesetzt ist. Ob eine effektive Kontrolle vorliegt, wird denn auch im GwG nur dann untersucht, wenn der formelle Test keine Ergebnisse liefert. Ansatz 2 ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht anzuwenden, da es sich um eine extensive Auslegung von Art. 697j OR handelt, welche wohl kaum von einem Gericht geschützt resp. geteilt würde.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass Ansatz 1 und 3 gleichzeitig zur Anwendung gelangen, wenn der Erwerber der meldepflichtigen Anteile eine juristische Person ist, die ihrerseits sowohl von juristischen als auch von natürlichen Personen gehalten wird.

3. Materieller Test (Prüfschritt 2)

Verfügt das *Target* über keine wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Prüfschritt 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. Eine faktische Kontrolle lässt sich beispielsweise bei Aktionärsbindungs- oder Stimmbindungsverträgen, Darlehensverträgen oder Eheverträgen sowie bei familiärer Einflussnahme annehmen.⁵⁸

4. Default-Lösung (Prüfschritt 3)

Falls keine wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss den Prüfschritten 1 und 2 bestehen, so ist ersatzweise – analog zu Art. 2a Abs. 3 GwG – die Identität des obersten

Mitglieds des leitenden Organs des *Targets*⁵⁹ festzustellen. Intuitiv würden viele Juristen wohl das oberste Mitglied des leitenden Organs des Erwerbers melden, da dieses die Kontrolle über die fraglichen Anteile ausüben kann.⁶⁰ Das ist aber konzeptionell falsch und macht aus Sicht des GwG keinen Sinn.

Dies soll anhand des folgenden Beispiels aufgezeigt werden. Eröffnet das *Target* – eine operativ tätige Gesellschaft – z.B. ein Bankkonto, ist die Bank – d.h. der Finanzintermediär – verpflichtet, die am *Target* wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen (Art. 4 Abs. 2 lit. b GwG). Die Bank muss deshalb vom *Target* eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist. Wie aufgezeigt, soll die Meldepflicht nach Art. 697j OR überhaupt ermöglichen, dass das *Target* gestützt auf das Verzeichnis gemäss Art. 697l OR Auskunft erteilen kann. Würde im Rahmen von Art. 697j OR, welcher u.E. die identische Bedeutung wie Art. 2a Abs. 3 GwG besitzt, ersatzweise der Verwaltungsratspräsident oder CEO des Erwerbers der Aktien am *Target* gemeldet, wäre diese Information resp. das Verzeichnis nach Art. 697l OR für den Finanzintermediär nutzlos. Denn der Finanzintermediär darf, wenn die wirtschaftlich berechtigte Person nicht festgestellt werden kann, ersatzweise *nur* den Verwaltungsratspräsidenten oder CEO des *Targets* als wirtschaftlich berechtigte Person vermerken. Nicht in Art. 2a Abs. 3 GwG vorgesehen ist die Möglichkeit, dass ersatzweise (auch) die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs der (meldepflichtigen) Aktionäre des *Targets* festgestellt werden kann. Folgerichtig muss auch im Rahmen von Art. 697j OR ersatzweise der Verwaltungsratspräsident oder CEO des *Targets* gemeldet werden. Andernfalls wäre das Verzeichnis nach Art. 697l OR zwecklos und die Ergebnisse nach OR und GwG würden im Rahmen der *Default-Lösung* in Bezug auf die wirtschaftlich berechtigte Person auseinanderklaffen.

III. Prüfschema

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

⁵⁷ BSK OR II-*Dettwiler/Hess* (Fn. 19) Art. 697j N 46 f.

⁵⁸ *Heim* (Fn. 54) 181.

⁵⁹ Gl.A. *Gnos/Hohler* (Fn. 8) 24 f.; *Lutz/Kern* (Fn. 8) 304; vgl. auch Art. 2 lit. f und Art. 56 Abs. 3 GwV-FINMA.

⁶⁰ Siehe *Jacquemoud/Vignieu* (Fn. 8) 542.

A. Formeller Test (Prüfschritt 1)

1. Einstufige Beteiligungsverhältnisse

Gibt es natürliche Personen, die *allein* mit mindestens 25% des Kapitals oder der Stimmen am Erwerber des Aktienpakets beteiligt sind (Ansatz 1)? Falls ja, sind diese Personen zu melden und die Prüfung ist abgeschlossen. Falls nein, weiter zu Prüfschritt 2.

2. Ab zweistufigen Beteiligungsverhältnissen

Gibt es natürliche Personen, die bei Anwendung des Multiplikationstests (Ansatz 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 2.

Sollten juristische Personen an einer zwischengeschalteten Gesellschaft mit mindestens 25% beteiligt sein (Ansatz 1), sind auch die an ihnen wirtschaftlich berechtigten Personen mittels des Multiplikationstests (Ansatz 3) festzustellen.

Sind am Erwerber des Aktienpakets, d.h. auf der ersten Beteiligungsstufe, auch natürliche Personen beteiligt, sind diese als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden, sofern sie an diesem eine Beteiligung von mindestens 25% (Ansatz 1) besitzen.

B. Materieller Test (Prüfschritt 2)

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 3.

C. Default-Lösung (Prüfschritt 3)

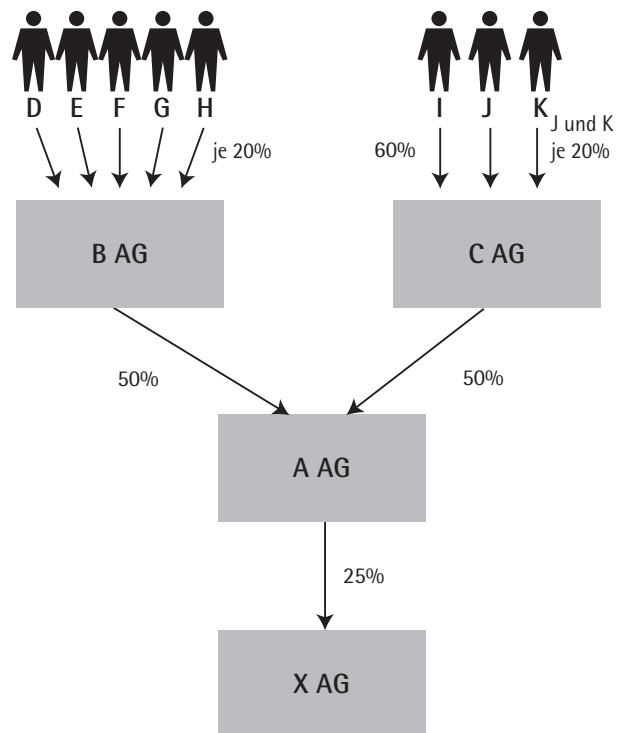
Falls keine natürlichen Personen im Sinne der vorstehenden Buchstaben A und B festgestellt werden können, ist *ersatzweise* die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs des *Targets* festzustellen und als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden. Dies ist in der Regel der CEO und – wo kein solcher vorhanden ist – der Verwaltungsratspräsident.

IV. Praxisbeispiele

A. Beispiel 1 (indirekte Beteiligungsstruktur)

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. 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%). Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?

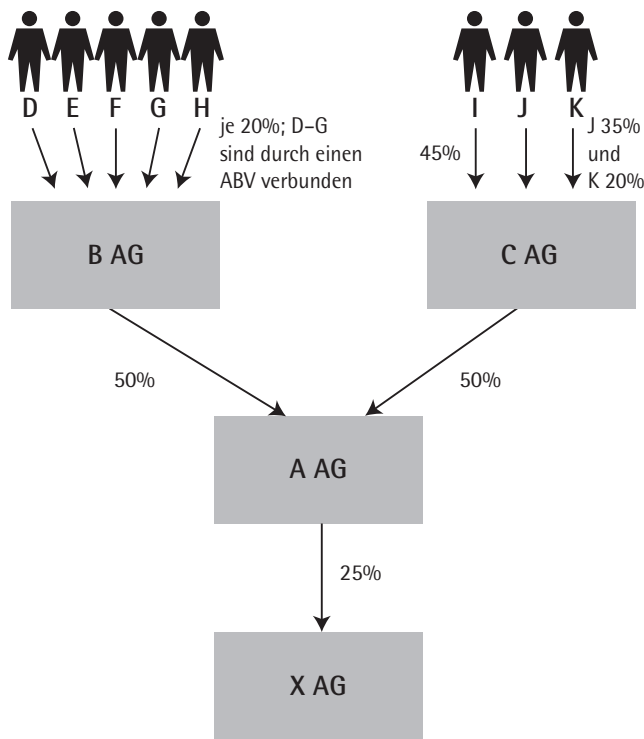


Stellungnahme: Die A AG muss bei wortgetreuer Anwendung von Art. 697j OR D–K als wirtschaftlich berechtigte Personen melden. Wendet man hingegen den oben skizzierten Multiplikationstest an, ist I in diesem zweistufigen Beteiligungsverhältnis als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ($60\% \times 50\% = 30\% > 25\%$).

B. Beispiel 2 (indirekte Beteiligungsstruktur)

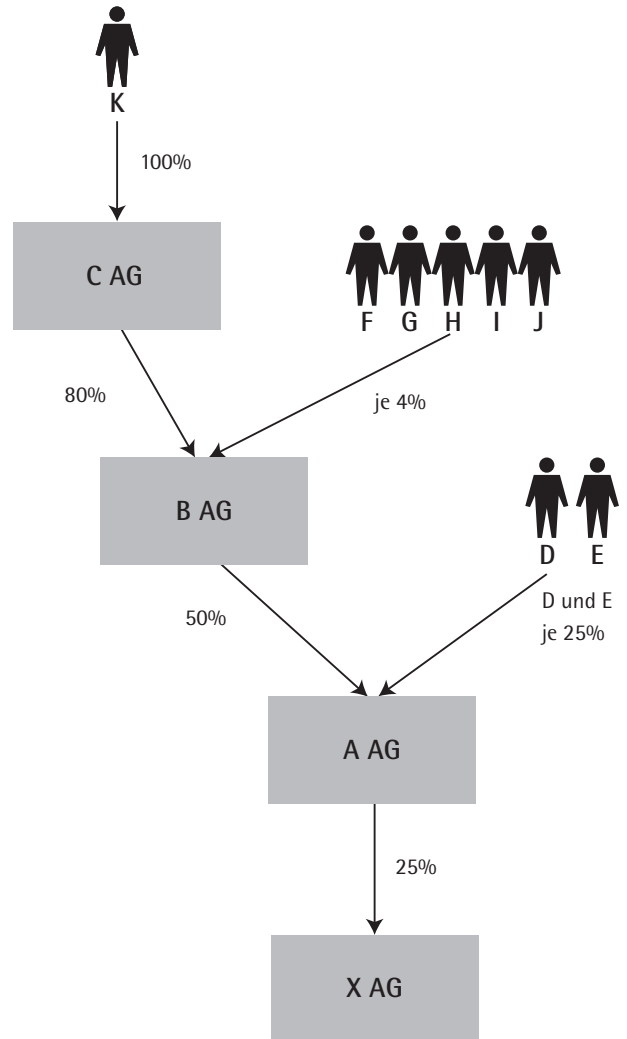
Das Beispiel 2 stellt grundsätzlich eine Variante des Beispiels 1 dar. Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird je hälftig von der B AG und C AG gehalten. D–H (5 Personen) halten je 20% an der B AG, wobei D–G einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen haben. 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?

Stellungnahme: Wie im Beispiel 1 müssen gemäss Wortlaut von Art. 697j OR D–K als wirtschaftlich berechtigte Personen gemeldet werden. Wendet man hingegen unser Prüfschema an, gibt es aus formeller Sicht keine wirtschaftlich berechtigte Person.⁶¹ Selbst I mit einer Beteiligung von 45% besitzt an der A AG keine konsolidierte Beteiligung von mindestens 25% ($45\% \times 50\% = 22,5\% < 25\%$). Daher sind in der Variante D–G, die das *Target* faktisch kontrollieren, zu melden.



C. Beispiel 3 (indirekte Beteiligungsstruktur)

Die A AG erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Es liegt ein meldepflichtiger Erwerb vor. Die A AG wird von der B AG (50%) sowie von D und E (je 25%) gehalten. Das Aktionariat der B AG besteht aus der C AG (80%) und F–J (5 Personen, welche je 4% halten). Einziger Aktionär der C AG ist K. Wen muss die A AG als wirtschaftlich berechtigte Person melden?



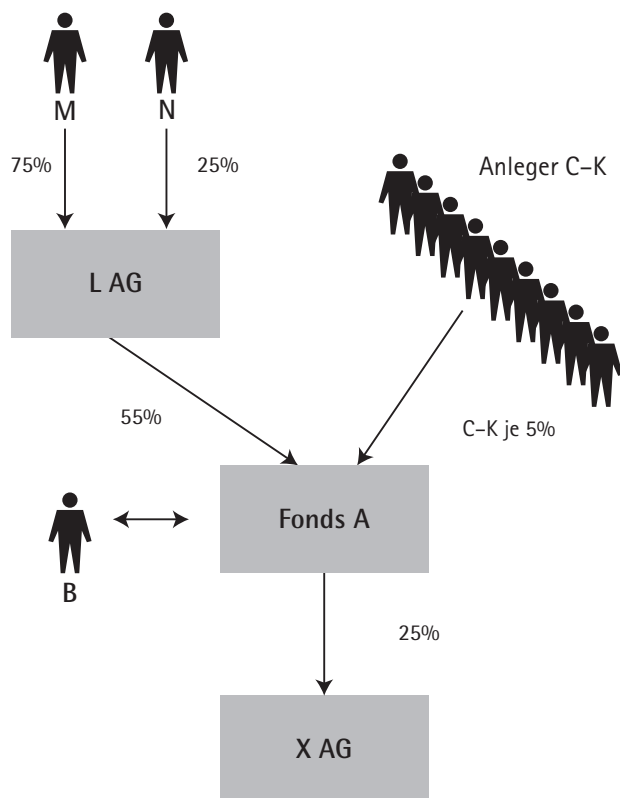
⁶¹ Unbeachtlich ist, dass die Aktionäre D–G der B AG durch einen Aktionärsbindungsvertrag verbunden sind und somit faktisch gemeinsam über eine qualifizierte Beteiligung verfügen. Beim formellen Test (Prüfschritt 1) ist u.E. nur auf die formelle Beteiligung jeder einzelnen natürlichen Person abzustellen. Mit anderen Worten enthält der formelle Test (Prüfschritt 1) keine «materielle» Komponente, wo zusätzlich untersucht wird, ob die natürlichen Personen, d.h. die potenziell als wirtschaftlich Berechtigte zu meldenden Personen, gegebenenfalls in gemeinsamer Absprache handeln. Dies ist einzig Gegenstand (sofern anwendbar) des materiellen Tests (Prüfschritt 2).

Stellungnahme: Gemäss Art. 697j OR sind sämtliche natürlichen Personen, d.h. D–K, als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden. Nach unserem Prüfschema sind hingegen nur D und E aufgrund ihrer 25%-Beteiligung (einstufiges Beteiligungsverhältnis) sowie K, welcher gemäss

Multiplikationstest über eine konsolidierte Beteiligung von über 25% ($100\% \times 80\% \times 50\% = 40\% > 25\%$) an der A AG (mehrstufiges Beteiligungsverhältnis) verfügt, als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden.

D. Beispiel 4 (Anlagefonds)

Der (vertragliche) Anlagefonds A erwirbt 25% des Aktienkapitals der X AG. Fondsmanager ist B. Der Anlagefonds A besteht aus zehn Anlegern, wovon neun natürliche Personen (C–K) mit je 5% beteiligt sind. Die zehnte Anlegerin ist eine juristische Person (L AG), welche im Umfang von 55% am Anlagefonds A beteiligt ist. Die L AG wird von M (75%) und N (25%) gehalten. Wen muss der Anlagefonds A als wirtschaftlich berechtigte Person melden?



Stellungnahme: Die Problematik dieses Beispiels liegt darin, dass die Kontrolle und Berechtigung am Fondsvermögen auseinanderfallen. Während die Anleger die Begünstigten sind, hat der Fondsmanager B die Kontrolle über das

Fondsvermögen und trifft die Anlageentscheide.⁶² Ein Grossteil der Lehre vertritt daher die Ansicht, dass in Fällen, in denen ein Fonds meldepflichtige Anteile erwirbt, keine Meldepflicht bestehe.⁶³ Lutz/Kern vertreten hingegen die Ansicht, dass Art. 66 GwV-FINMA analog angewendet werden solle.⁶⁴ Danach muss der Anlagefonds im Falle eines meldepflichtigen Erwerbs nur dann die wirtschaftlich berechtigten Personen melden, wenn er aus 20 oder weniger Investoren besteht (Abs. 1). Sind am Anlagefonds hingegen mehr als 20 Investoren beteiligt, kann auf die Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen verzichtet werden (Abs. 2).

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Anlagefonds – unabhängig von ihrer Ausgestaltung – wie eine AG oder GmbH in einer indirekten Beteiligungsstruktur zu behandeln.⁶⁵ Sind natürliche Personen am Anlagefonds beteiligt (einstufiges Beteiligungsverhältnis), ist mittels unseres Prüfschemas – d.h. der *De-minimis*-Regel (Ansatz 1) – zu eruieren, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist. Sind dagegen juristische Personen am Anlagefonds beteiligt (zwei- und mehrstufiges Beteiligungsverhältnis), ist u.E. mittels des Multiplikationstests (Ansatz 3) festzustellen, ob die an ihnen wirtschaftlich berechtigten natürlichen Personen effektiv eine Kontrolle ausüben. Falls ja, sind diese ebenfalls zu melden. Vorliegend ist demnach der Anlagefonds A meldepflichtig und muss einzig M ($75\% \times 55\% = 41,25\% > 25\%$) als wirtschaftlich berechtigte Person melden.

V. Zusammenfassung

Bei wortgetreuer Anwendung von Art. 697j OR sind sämtliche Personen, welche vom meldepflichtigen Erwerb in ihrem Vermögen betroffen sind, auch wenn sie keinerlei Kontrolle in Bezug auf die erworbenen Anteile besitzen, als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden. Dies führt dazu, dass in Gruppenstrukturen resp. Ketten- und Schachtelverhältnissen enorm viele Personen gemeldet werden müssen. Legt man hingegen Art. 697j OR historisch und

⁶² Einlässlich Gericke/Kuhn (Fn. 8) 857 f.

⁶³ BSK OR II-Dettwiler/Hess (Fn. 19) Art. 697j N 48; Gericke/Kuhn (Fn. 8) 857 f.; Diana Imbach Haumüller, Auswirkungen der revidierten GAFL-Empfehlungen auf kollektive Kapitalanlagen, EF 2016 24 ff.

⁶⁴ Lutz/Kern (Fn. 8) 307; siehe auch Vischer (Fn. 8) Kapitel IV.3.E.

⁶⁵ Gleiches muss u.E. grundsätzlich auch für Trusts gelten, wobei je nach Ausgestaltung entweder die *Beneficiaries* oder der *Trustee* als wirtschaftlich berechtigte Personen zu melden sind.

teleologisch aus, gelangt man zum Ergebnis, dass die Definitionen der wirtschaftlich berechtigten Person in Art. 697j OR und Art. 2a Abs. 3 GwG – obwohl sie semantisch nicht deckungsgleich sind – die identische Bedeutung besitzen müssen. Denn 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.

Bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ist u.E. Art. 2a Abs. 3 GwG analog beizuziehen. Mit anderen Worten sind die am *Target* wirtschaftlich berechtigten Personen mithilfe eines dreistufigen Kaskadenprüfschemas festzustellen. In einem *ersten Schritt* ist mittels eines formellen Tests

zu eruieren, ob es Personen gibt, die eine qualifizierte Beteiligung von mindestens 25% am Erwerber des Aktienpakets halten (sog. *De-minimis*-Regel bei einstufigen Beteiligungsverhältnissen). Bei zwei- und mehrstufigen indirekten Beteiligungsverhältnissen ist mittels des Multiplikationstests festzustellen, ob die natürlichen Personen noch eine tatsächliche Kontrolle auf den Erwerber des Aktienpakets ausüben. Ist dies nicht der Fall, ist in einem *zweiten Schritt* abzuklären, ob es natürliche Personen gibt, die faktisch das *Target* kontrollieren. Fehlt es an solchen Personen, ist in einem *dritten Schritt* die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs des *Targets* festzustellen und ersatzweise als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden.