Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR?

Markus Vischer*

Dario Galli**

Die Autoren untersuchen den am 1. November 2019 in Kraft getretenen Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR. Mittels dieser Gesetzesbestimmung wird festgestellt, welche natürliche Person in indirekten Beteiligungsstrukturen an den erworbenen meldebegründenden Aktien wirtschaftlich berechtigt ist. Die Autoren kommen zum Schluss, dass der räumlich-persönliche Geltungsbereich von Art. 697j Abs. 2 OR nicht nur auf meldepflichtige Aktionäre beschränkt ist, die als juristische Person oder Personengesellschaft gelten, sondern auf alle Rechtsgemeinschaften auszuweiten ist. Als wirtschaftlich berechtigte Person gilt jene Person, die den meldepflichtigen Aktionär i.S.v. Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert. Den Autoren zufolge statuiert Art. 963 Abs. 2 OR einen formellen, aus drei Kontrollkriterien (Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ; Bestellungs- und Abberufungsrecht bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans; beherrschender Einfluss auf das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan) bestehenden Kaskadenkontrolltest. Bedeutsam ist dabei einzig eine unternehmensrechtliche Kontrolle (und allenfalls eine schuldrechtliche Kontrolle i.V.m. einer unternehmensrechtlichen Mitwirkungsmöglichkeit). Da von den drei Kontrollkriterien in der Regel das erste (Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ) bedeutsam sein dürfte, ähnelt der Kontrolltest i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR dem von der Lehre zur VSB 20 (bzw. bereits zur VSB 16) verfolgten Ansatz.

Les auteurs se penchent sur l'art. 697j al. 2 1ère phrase CO, entré en vigueur le 1er novembre 2019. Cette disposition légale définit la personne physique qui est l'ayant droit économique des actions donnant lieu à l'obligation d'annoncer acquises dans le cadre de participations indirectes. Les auteurs parviennent à la conclusion que le champ d'application spatio-personnel de l'art. 697j al. 2 CO ne couvre pas seulement les actionnaires soumis à l'obligation d'annoncer qui sont considérés comme une personne morale ou une société de personnes et qu'il doit être élargi à toutes les communautés de droit. Est réputée ayant droit économique la personne qui contrôle l'actionnaire soumis à l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 697j al. 2 1ère phrase CO en lien avec l'art. 963 al. 2 CO. De l'avis des auteurs, l'art. 963 al. 2 CO impose un test de contrôle formel en cascade, comprenant trois critères (majorité des voix au sein de l'organe suprême ; droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ; influence dominante). Le seul aspect pertinent est un contrôle au regard du droit des sociétés (et éventuellement un contrôle au regard du droit des obligations en relation avec une possibilité de participation issue du droit des sociétés). Puisqu'en règle générale, ce devrait être le premier des trois critères de contrôle (majorité des voix au sein de l'organe suprême) qui compte, le test de contrôle au sens de l'art. 963 al. 2 CO est similaire au principe suivi par la doctrine pour la CDB 20 (et déjà la CDB 16).

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Geltungsbereich von Art. 697j Abs. 2 OR
  A. Sachlicher Geltungsbereich
  B. Räumlich-persönlicher Geltungsbereich
    1. Juristische Personen
    2. Personengesellschaften
    3. Sonderfragen
    4. Ausländische Rechtsformen
  C. Zeitlicher Geltungsbereich
III. Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person in indirekten Beteiligungsstrukturen
  A. Vorbemerkungen
  B. Kontrollkonzept
  C. Partielle Kontrollvermutung
  D. Art. 963 Abs. 2 OR: ein formeller *ex ante*-Kaskadenkontrolltest
    1. Kontrollkriterien
    2. Kontrolle der «Exekutive»
    3. Kaskadenkontrolltest
    4. Irrelevanz von faktischer und schuldrechtlicher Kontrolle
    5. Fazit
  E. Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ (Prüfschritt 1)
    1. Oberstes Organ
    2. Stimmrechtsmehrheit
    3. Kontrollentscheide
    4. Fazit
  F. Bestellungs- und Abberufungsrecht (Prüfschritt 2)
  G. Beherrschender Einfluss (Prüfschritt 3)
  H. Mehrere wirtschaftlich berechtigte Personen?
IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

Am 1. November 2019 ist das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke (nachfolgend «Global Forum-Gesetz») in Kraft getreten.[1] Das Global Forum-Gesetz

– verkleinert den Anwendungsbereich der Inhaberaktie;[2]
– klärt gewisse Fragen bezüglich der Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person;[3] und

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.
** Dario Galli, MLaw, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

1 AS 2019 3161.
2 Art. 622 Abs. 1bis, 2bis und 2ter OR sowie Übergangsbestimmungen (UeB) zum Global Forum-Gesetz (Art. 1–8 UeB).
3 Art. 697j OR und Art. 790a OR.

– führt neue Sanktionen ein bei Verletzung der Pflichten (i) zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person und (ii) zur Führung gesellschaftsrechtlicher Verzeichnisse.[4]

Mit der Verkleinerung des Anwendungsbereichs der Inhaberaktie haben wir uns im Heft 12/2019[5] und mit den neuen Strafnormen im Heft 4/2020[6] beschäftigt. In diesem Beitrag legen wir den Fokus auf den revidierten[7] Art. 697j OR (genauer: dessen neuen Abs. 2)[8] und beantworten die Frage, wer in indirekten[9] Beteiligungsstrukturen, insbesondere in mehrstufigen indirekten Beteiligungsstrukturen (Schachtel- bzw. Kettenverhältnisse)[10], als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist.[11] Dazu untersuchen wir zuerst den Geltungsbereich von Art. 697j Abs. 2 OR (Kapitel II.). Anschliessend legen wir dar, wie die wirtschaftlich berechtigte Person in indirekten Beteiligungsstrukturen festgestellt wird (Kapitel III.). Schliesslich fassen wir die wesentlichen Erkenntnisse zusammen (Kapitel IV.).

II. Geltungsbereich von Art. 697j Abs. 2 OR

A. Sachlicher Geltungsbereich

Sachlich ist Art. 697j Abs. 2 OR anwendbar, wenn ein meldepflichtiger Erwerb i.S.v. Art. 697j Abs. 1 OR vorliegt. Als meldepflichtig gilt der Erwerb von Aktien (nicht aber von Partizipationsscheinen oder Genussscheinen)[12] zu Eigentum[13], wenn der Erwerber – allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten – erstmalig[14] den Grenzwert von 25 % des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet (Art. 697j Abs. 1 OR). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, besteht trotzdem keine Meldepflicht i.S.v. Art. 697j Abs. 1 und 2 OR (nachfolgend «GAFI-Meldepflicht»)[15], wenn die Beteiligungsrechte der Gesellschaft, deren Aktien erworben wurden, an einer Börse kotiert sind (Art. 697j Abs. 1 OR *e contrario*) und/oder die Aktien dieser Gesellschaft als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind (Art. 697j Abs. 5 OR).

B. Räumlich-persönlicher Geltungsbereich

Gemäss Wortlaut ist Art. 697j Abs. 2 OR in räumlich-persönlicher Hinsicht auf Erwerber meldebegründender Aktien anwendbar, die als juristische Personen oder als Per-

---

4 Art. 731b OR sowie Art. 327 StGB und Art. 327a StGB.

5 Markus Vischer/Dario Galli, Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, AJP 2019, 1289 ff.

6 Markus Vischer/Dario Galli, Gedanken zu Art. 327 StGB und Art. 327a StGB, AJP 2020, 400 ff.

7 Die Revision von Art. 697j OR (und Art. 790a OR, s. dazu FN 8) drängte sich auf, weil unklar war, wer in indirekten Beteiligungsstrukturen (s. FN 9) gemäss Art. 697j Abs. 1 OR (in der bis 31. Oktober 2019 gültigen Fassung) als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist (z.B. Nicolas Facincani/Reto Sutter, Tschüss und Farewell Inhaberaktie – Hello neue Pflichten rund um die Namenaktie, in: Andrea Mathis/Rolf Nobs [Hrsg.], Treuhand und Revision, Jahrbuch 2020, 237 ff., 253 *in fine;* Dieter Gericke/Daniel Kuhn, Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, AJP 2019, 1272 ff., 1279; Markus Vischer/Dario Galli, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, SJZ 2016, 481 ff., 483; s.a. Botschaft vom 21. November 2018 zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz, BBl 2019 279 ff. [zit. Botschaft], 316). Zur Wichtigkeit einer klaren Definition der wirtschaftlich berechtigten Person z.B. Elma Berisha, La diffusion de la notion d'ayant droit économique en droit suisse des sociétés, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (Hrsg.), Vers les sommets du droit, Liber amicorum pour Henry Peter, Genf/Zürich/Basel 2019, 123 ff., 129.

8 Art. 697j Abs. 2 OR und Art. 790a Abs. 2 OR sind identisch (z.B. Gericke/Kuhn [FN 7], AJP 2019, 1279). Unsere Ausführungen zu Art. 697j Abs. 2 OR gelten deshalb *tel quel* auch bezüglich Art. 790a Abs. 2 OR.

9 Unter einer «indirekten Beteiligungsstruktur» ist eine Konstellation zu verstehen, in der nicht eine natürliche Person, sondern eine juristische Person oder eine Rechtsgemeinschaft (dazu Kapitel II.B.1. und Kapitel II.B.2.) die meldebegründenden Aktien erwirbt (s. z.B. Markus Vischer/Dario Galli, Praxisorientierter GAFI-Leitfaden, Zürich 2017, 19, Internet: https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/2061.pdf [Abruf 1.7.2020]). Die Botschaft (FN 7), 316, spricht von «mehrstufigen Beteiligungsstrukturen».

10 Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1279, sprechen von «Eigentumsketten» bzw. Konzernverhältnissen; s.a. Botschaft vom 13. Dezember 2013 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2014 605 ff., 659, die von «Kontrollkette» spricht (zu diesem unbestimmten Begriff z.B. Carlo Egle, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2018, N 743).

11 Diese Frage stellten wir uns (Vischer/Galli [FN 7], 481 ff.) bereits im Jahre 2016 betreffend Art. 697j Abs. 1 OR (in der bis 31. Oktober 2019 gültigen Fassung).

12 Vischer/Galli (FN 9), 7 f. m.w.H.; a.M. bezüglich Partizipationsscheinen: Philip Spoerlé, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, GesKR 2019, 339 ff., 349; Egle (FN 10), N 679; CR CO II-Trigo Trindade/Berisha, Art. 697j N 33 f., in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire romand, 2. A., Basel 2017 (zit. CR CO II-Verfasser).

13 Vischer/Galli (FN 9), 8 f. m.w.H.

14 Implizit Vischer/Galli (FN 9), 26; teilweise gl.M. Egle (FN 10), N 714.

15 S. zu diesem Begriff z.B. Vischer/Galli (FN 6), AJP 2020, 401, Anm. 8.

sonengesellschaften gelten. Ob solche Erwerber (Wohn-) Sitz in der Schweiz oder im Ausland haben, ist irrelevant.[16] Nachfolgend untersuchen wir, was unter den Begriffen «juristische Personen» und «Personengesellschaften» im Schweizer Recht zu verstehen ist (Kapitel II.B.1., Kapitel II.B.2. und Kapitel II.B.3.).[17] Wir gehen in einem separaten Kapitel jedoch auch auf ausländische Rechtsformen ein (Kapitel II.B.4.).

1. Juristische Personen

Als juristische Personen gelten Körperschaften[18] und Anstalten[19] des Privatrechts und des öffentlichen Rechts.[20]

Als juristische Personen des *Bundesprivatrechts* gelten Vereine[21], Stiftungen[22], Aktiengesellschaften[23] (AGs), Kommanditaktiengesellschaften[24] (KmAGs), Gesellschaften mit beschränkter Haftung[25] (GmbHs) und Genossenschaften[26].[27] Als juristische Person des Bundesprivatrechts[28] gilt auch die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV)[29].[30]

Als juristische Personen des *kantonalen Privatrechts* gelten «Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften»[31],[32] sofern der jeweilige Kanton sie nicht dem öffentlichen kantonalen Recht unterstellt hat.[33]

Als juristische Personen des *öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone* gelten öffentlich-rechtliche Körperschaften[34] (d.h. Gebiets[35]-, Personal- und Realkörperschaften)[36], öffentlich-rechtliche (rechtsfähige)[37] Anstalten[38] und öffentlich-rechtliche Stiftungen[39].[40]

2. Personengesellschaften

Als Rechtsgemeinschaften gelten die *Bruchteilsgemeinschaften*[41] und die *Gesamthandsgemeinschaften*[42].[43]

---

16 Gl.M. betreffend Art. 697j Abs. 1 OR (in der bis 31. Oktober 2019 gültigen Fassung): BSK OR II-Dettwiler/Hess, Art. 697j N 55, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser), und Philip Spoerlé, Die Inhaberaktie, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, N 899, beide unter Berufung auf Art. 155 lit. f IPRG. Diese Überlegungen lassen sich ohne Weiteres auch auf Art. 697j Abs. 1–3 OR übertragen.

17 Die Botschaft (FN 7), 316, äussert sich nicht dazu, was unter «juristischer Person» und «Personengesellschaft» zu verstehen ist.

18 Zu diesem Begriff z.B. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 2 N 5 und 66; Hans Michael Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. A., Bern 2002, N 481 f.

19 Zu diesem Begriff z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 67; Riemer (FN 18), N 481 und 484.

20 Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 64.

21 Art. 60 ff. ZGB.

22 Art. 80 ff. ZGB.

23 Art. 620 ff. OR, zur AG ist auch die SICAF (Art. 110 ff. KAG) zu zählen (Art. 110 Abs. 1 KAG; s.a. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe [FN 18], § 2 N 4).

24 Art. 764 ff. OR.

25 Art. 772 ff. OR.

26 Art. 828 ff. OR.

27 Hans Michael Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-Riemer), Systematischer Teil N 10; s.a. BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Vor Art. 52–59 N 6, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

28 S. Rolf H. Weber, Aufbruch zu neuer juristischer Person: Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 433 ff., 437. Die SICAV gilt als vom KAG geschaffene juristische Person (z.B. Olivier Klunge, in: Olivier Klunge/Gabriel Rey [Hrsg.], Guide pratique des placements collectifs immobiliers, Genf/Zürich/Basel 2019, 16).

29 Art. 36 ff. KAG.

30 Z.B. Etienne Trandafir, Lex Koller: acquisitions indirectes, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2019, N 16, 201 und 666; Klunge (FN 28), 5; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 64; Thomas Jutzi/Simon Schären, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, N 310 und 371.

31 Art. 59 Abs. 3 ZGB; dazu z.B. BK-Riemer (FN 27), Systematischer Teil N 72.

32 Rolf H. Weber, Juristische Personen, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Einleitung und Personenrecht, SPR II/4, Basel 1998, 74 f.; s.a. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 64; Riemer (FN 18), N 464.

33 BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 27), Art. 59 N 24; s.a. Riemer (FN 18), N 478.

34 Zum Begriff z.B. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 1633; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 8 N 1.

35 Z.B. Bund, Kantone oder Einwohnergemeinden (Tschannen/Zimmerli/Müller [FN 34], § 7 N 6).

36 Z.B. BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 27), Art. 59 N 4.

37 Im Anwendungsbereich von Art. 697j Abs. 2 OR interessieren nur die rechtsfähigen Anstalten (dazu z.B. Tschannen/Zimmerli/Müller [FN 34], § 7 N 9), da diese selbst Verwaltungsträger sind und sie folglich die GAFI-Meldepflicht trifft.

38 Zum Begriff z.B. Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 34), N 1659; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 34), § 7 N 3 f.

39 Zum Begriff z.B. Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 34), N 1685; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 34), § 9 N 1 ff.

40 Vgl. Art. 52 Abs. 2 ZGB und Art. 59 Abs. 1 ZGB; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 64 und § 21 N 5; Riemer (FN 18), N 464; Weber (FN 32), 70.

41 Dazu z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 90; Walter Fellmann/Karin Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006 (zit. BK-Fellmann/Müller), Vorbemerkungen zu den Art. 530–551 OR N 75.

42 Dazu z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 90; BK-Fellmann/Müller (FN 41), Vorbemerkungen zu den Art. 530–551 OR N 75.

43 Z.B. Stephan Wolf, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Habil. Bern, Bern 2004, 20, Anm. 86.

Rechtsgemeinschaften kennzeichnen sich dadurch, dass mehrere Personen Trägerinnen des gleichen Rechts sind.[44]

Als Personengesellschaften, die eine Unterform der Rechtsgemeinschaften sind,[45] gelten die einfache Gesellschaft[46], die Kollektivgesellschaft[47], die Kommanditgesellschaft[48] und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen[49].[50] Keine Personengesellschaft ist das Einzelunternehmen[51].[52]

Nicht alle Rechtsgemeinschaften sind Personengesellschaften bzw. Rechtsgemeinschaften mit gesellschaftsrechtlichem Charakter.[53] Bei Rechtsgemeinschaften mit «personalistischem Einschlag»[54] (Personengesellschaften) und bei Rechtsgemeinschaften ohne «personalistischen Einschlag»[55] (z.B. Erbengemeinschaften, Gemeinderschaften, gesetzliche und vertragliche Bruchteilsgemeinschaften oder vertragliche Gesamthandsgemeinschaften)[56] stellen sich bei der Feststellung der an den meldebegründenden Aktien wirtschaftlich berechtigten Person aber die gleichen Probleme, da mehrere Personen Trägerinnen des gleichen Rechts (d.h. des Eigentumsrechts an den Aktien) sind. Der zu enge Wortlaut von Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR ist folglich teleologisch auf alle Rechtsgemeinschaften auszuweiten.[57] Dies hat z.B. praktische Auswirkungen bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person beim Aktienerwerb infolge Erbgangs, da neu nach Art. 963 Abs. 2 OR analog[58] ermittelt werden muss, ob eine natürliche Person die Erbengemeinschaft[59] kontrolliert. Falls nicht, ist der Gesellschaft, deren Aktien erworben wurden, eine Negativmeldung zu erstatten (Art. 697j Abs. 2 Satz 2 OR).[60]

3. Sonderfragen

a. Vertragliche Anlagefonds

Der vertragliche Anlagefonds basiert auf einem Kollektivanlagevertrag (Art. 25 Abs. 1 KAG).[61] Dabei erwirbt die Fondsleitung das Anlagevermögen (z.B. Aktien) zu Eigentum und verwaltet es treuhänderisch in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Anleger.[62] Ein vertraglicher Anlagefonds verfügt über keine Rechtspersönlichkeit.[63] Erwirbt die über Rechtspersönlichkeit verfügende[64] Fondsleitung meldebegründende Aktien, gilt jedoch die-

---

44 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 78 und 91; Wolf (FN 43), 20, Anm. 86.

45 Weber (FN 32), 56 *in initio;* Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 81; s. aber Peter V. Kunz, Wirtschaftsrecht, Bern 2019, § 2 N 35 und 174, der «Rechtsgemeinschaft» und «Personengesellschaft» synonym zu verwenden scheint.

46 Art. 530 ff. OR.

47 Art. 552 ff. OR.

48 Art. 594 ff. OR.

49 Art. 98 ff. KAG.

50 Kunz (FN 45), § 2 N 35, 341 und 344; Daniel Hasler, Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Diss. Bern, Bern 2007, 1, Anm. 2; s.a. Harald Bärtschi, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018, § 7 N 5, und Henry Peter/Vincent Rivier/Martin Anderson, Les transformations de sociétés de personnes en société de capitaux, in: Henry Peter/Nicolas Dutoit (Hrsg.), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Genf/Zürich/Basel 2010, 89 ff., 89, die beide jedoch die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen nicht erwähnen; s. ferner Urs Schenker, 20 Jahre M&A – Aktivitäten aus steuerlicher Sicht, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XX, Zürich/Basel/Genf 2018, 177 ff., 208, Anm. 117, der unter «Personengesellschaft» nur die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft versteht.

51 Zum Begriff «Einzelunternehmen» (früher auch «Einzelfirma» genannt) z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 26 N 2.

52 Gl.M. Art. 959c Abs. 3 Satz 1 OR; Markus Zollinger, Das (kaufmännische) Unternehmen, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2019, N 130 ff. und 135 ff.; Schenker (FN 50), 208 *in initio;* Egle (FN 10), N 151; Urs Schenker, Unternehmenskauf, Bern 2016, 23 *in initio;* a.M. Urs R. Behnisch, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Habil. Bern, Basel 1996, 2.

53 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 94; s.a. BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, Vor Art. 646–654a N 2 *in initio,* in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser), denen zufolge das gemeinschaftliche Eigentum als Sonderfall einer Rechtsgemeinschaft erscheint; Weber (FN 32), 55 ff.; s. ferner BK-Riemer (FN 27), Systematischer Teil N 38.

54 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 95.

55 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 95; s.a. Weber (FN 32), 56 *in initio,* der von «Miteigentumsgemeinschaft» und «gewöhnlicher Gesamthandgemeinschaft» spricht.

56 Lukas Handschin/Reto Vonzun, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 530–551 OR, Die einfache Gesellschaft, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. ZK-Handschin/Vonzun), Art. 530 OR N 222 ff.; BK-Fellmann/Müller (FN 41), Art. 530 OR N 38 ff., 116 ff., 120 ff., 123 ff. und 126 ff.; s.a. Weber (FN 32), 56 *in initio.*

57 Zur teleologischen Extension im Allgemeinen: Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 236; s.a. Walter R. Schluep, Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006, N 1447.

58 Zum Umfang der analogen Anwendung s. Kapitel III.A.

59 Die Erbengemeinschaft ist eine Gesamthandsgemeinschaft (z.B. BSK ZGB II-Wichtermann [FN 53], Art. 652 N 22).

60 Zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person beim Aktienerwerb infolge Erbgangs gemäss dem bis 31. Oktober 2019 in Kraft gewesenen Art. 697j Abs. 1 OR z.B. Markus Vischer/Dario Galli, GAFI-Meldepflicht(en) beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs? EF 2017, 506 ff., 508.

61 Z.B. Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. A., Bern 2019, § 11 N 24.

62 Trandafir (FN 30), N 186; BSK KAG-Galgiani/Bünzli/Winzeler, Art. 25 N 5, in: René Bösch/François Rayroux/Christoph Winzeler/Eric Stupp (Hrsg.), Kollektivanlagengesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2016 (zit. BSK KAG-Verfasser); s.a. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 22 N 30, 101 und 103.

63 Trandafir (FN 30), N 664; Klunge (FN 28), 5; BSK KAG-Galgiani/Bünzli/Winzeler (FN 62), Art. 25 N 6.

64 BSK KAG-Galgiani/Bünzli/Winzeler (FN 62), Art. 25 N 6.

se als «juristische Person» i.S.v. Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR.[65]

b. Joint Ventures

Man unterscheidet zwischen vertraglich strukturierten Joint Ventures (Contractual Joint Ventures) und korporativen Joint Ventures (Equity Joint Ventures).[66]

Ein korporatives Joint Venture liegt nach einer wohl verbreiteten Auffassung vor, wenn sich die Parteien an einer juristischen Person beteiligen.[67] Erwirbt ein so verstandenes korporatives Joint Venture meldebegründende Aktien, ist dieses vom räumlich-persönlichen Geltungsbereich von Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR erfasst.

Die Rechtsnatur vertraglich strukturierter Joint Ventures kann hingegen nicht allgemeingültig festgelegt werden, sondern ist im Einzelfall zu ermitteln.[68] Infrage kommt eine Qualifikation des Joint-Venture-Vertrags als einfacher Gesellschaftsvertrag i.S.v. Art. 530 ff. OR oder als Innominatvertrag.[69] Dabei ist eine vorschnelle (bzw. reflexartige) Qualifikation dieses Vertrags – wie auch des Aktionärbindungsvertrags – als einfacher Gesellschaftsvertrag i.S.v. Art. 530 ff. OR abzulehnen.[70] Nur ein vertraglich strukturiertes Joint Venture, das als einfache Gesellschaft gilt, ist eine Personengesellschaft. Als Innominatvertrag zu qualifizierende vertragliche Joint Ventures können jedoch auch vom räumlich-persönlichen Anwendungsbereich von Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR erfasst sein, wenn sie als Rechtsgemeinschaft ohne «personalistischen Einschlag»[71] gelten.

4. Ausländische Rechtsformen

Bei meldepflichtigen Aktionären mit (Wohn-)Sitz im Ausland ist jeweils zu prüfen, ob ihre Rechtsform als juristische Person oder Rechtsgemeinschaft (Kapitel II.B.2.) im Sinne des Schweizer Rechts gilt. Dies ist dann der Fall, wenn ihre Rechtsform in den wesentlichen Zügen der juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft im Sinne des Schweizer Rechts entspricht.[72] Aus diesem Grund gelten z.B. Trusts mit Rechtspersönlichkeit[73] in der Regel als juristische Personen i.S.v. Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR. Aber auch Trusts ohne Rechtspersönlichkeit[74] können als juristische Personen oder Rechtsgemeinschaften i.S.v. Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR gelten, sofern der Trustee (und damit der Eigentümer[75] der meldebegründenden Aktien) in den wesentlichen Zügen der juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft im Sinne des Schweizer Rechts entspricht. Gleiches gilt z.B. auch für «Limited Partnerships» des angelsächsischen Rechts.[76]

C. Zeitlicher Geltungsbereich

Zeitlich ist Art. 697j Abs. 2 OR auf Meldungen i.S.v. Art. 697j Abs. 2 OR anwendbar, die ab 1. November 2019 erstattet wurden bzw. werden, wobei irrelevant ist, ob die GAFI-Meldepflicht vor oder am bzw. nach dem 1. November 2019 entstand.[77]

III. Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person in indirekten Beteiligungsstrukturen

A. Vorbemerkungen

In indirekten Beteiligungsstrukturen wird die wirtschaftlich berechtigte Person aufgrund der Verweisung in Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR nach Art. 963 Abs. 2[78] OR

---

65 Die Fondsleitung muss eine AG mit Sitz in der Schweiz sein (Art. 33 Abs. 1 FINIG).

66 Stefan Knobloch, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, GesKR 2013, 551 ff., 552 *in initio*.

67 Knobloch (FN 66), GesKR 2013, 552 *in initio* m.w.N.

68 Knobloch (FN 66), GesKR 2013, 552 und 555.

69 Knobloch (FN 66), GesKR 2013, 552 und 555 f.

70 Gl.M. betreffend ABV: Markus Vischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425 ff., 427 ff.

71 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 95.

72 Vgl. im Zusammenhang mit ausländischen Anlagevehikeln betreffend Art. 20 Abs. 3 AHVV: BGer, 9C_65/2018, 7.1.2019, E. 4.1.2 *in fine*.

73 Z.B. ein liechtensteinisches Treuunternehmen i.S.v. Art. 932a PGR/LI (BSK IPRG-Vogt/Pannatier Kessler, Art. 149a N 3, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti [Hrsg.], Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013 [zit. BSK IPRG-Verfasser]).

74 Dazu z.B. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, VSB 2020, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 41 VSB 20 N 1.

75 Z.B. Trandafir (FN 30), N 579; Endrit Poda, Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2019, 63.

76 Vgl. zur Ähnlichkeit von Kommanditgesellschaft und Limited Partnerships z.B. BSK KAG-du Pasquier/Poskriakov (FN 62), Vor Art. 98–109 N 5 f.

77 Vischer/Galli (FN 6), AJP 2020, 405.

78 Folglich spielen Art. 963 Abs. 3 OR und damit auch anerkannte Standards bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person keine Rolle.

analog[79] festgestellt.[80] Art. 963 OR statuiert die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung (Abs. 1),[81] d.h., er bestimmt, welche rechnungslegungspflichtige juristische Person – die ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen kontrolliert – verpflichtet ist, ihren Geschäftsbericht[82] um eine konsolidierte Jahresrechnung zu ergänzen (Abs. 1 und 2).[83] Art. 963 Abs. 2 OR definiert somit, «wann eine juristische Person ein anderes Unternehmen in rechtsrelevanter Weise kontrolliert»,[84] und bestimmt damit den Konsolidierungskreis.[85]

Art. 963 Abs. 2 OR wird im Anwendungsbereich von Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR insofern analog angewandt, als die *eine*[86] natürliche Person festgestellt werden soll, die den meldepflichtigen Aktionär – der eine juristische Person (Kapitel II.B.1.) oder eine Rechtsgemeinschaft (Kapitel II.B.2.) ist – i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert.[87] Art. 963 Abs. 2 OR wird folglich nur insofern analog angewandt, als der Zweck des Kontrolltests bei der direkten und analogen Anwendung ein anderer ist. Wenn wir daher nachfolgend das Art. 963 Abs. 2 OR zugrundeliegende Kontrollkonzept (Kapitel III.B. und Kapitel III.C.), den Kontrolltest i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR (Kapitel III.D. und Kapitel III.H.) und die Kontrollkriterien i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR (Kapitel III.E.–Kapitel III.G.) erläutern,[88] gelten unsere Ausführungen – soweit nicht anderweitig festgehalten – nicht nur bei der analogen Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR im Anwendungsbereich von Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR, sondern auch bei der direkten Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR.

Vorauszuschicken sind noch drei Punkte: Erstens ist nicht Abs. 2, sondern Abs. 3 von Art. 697j OR anwendbar, wenn gemäss Kontrolltest «eine Kapitalgesellschaft, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind»,[89] den meldepflichtigen Aktionär i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert.[90] Zweitens sprechen wir nachfolgend – in der Terminologie des Rechnungslegungsrechts[91] – von «Unternehmen» und meinen damit juristische Personen (Kapitel II.B.1.) und Rechtsgemeinschaften (Kapitel II.B.2.).[92] Drittens beziehen sich unsere Ausführungen – soweit nicht anderweitig festgehalten – nur auf bundesprivatrechtliche Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und damit auf schweizerische Rechtsformen. Allerdings dürften sich unsere Überlegungen mindestens teilweise auch auf kantonalprivatrechtliche und öffentlich-rechtliche Unternehmen mit Sitz in der Schweiz übertragen lassen. Kommen in indirekten Beteiligungsstrukturen Unternehmen mit Sitz im Ausland vor, ist gestützt auf das ausländische Gesellschaftsstatut[93] zu prüfen, ob ein bestimmtes Kontrollkriterium erfüllt bzw. rechtlich erfüllbar ist. Allerdings dürften sich unsere Überlegungen mindestens teilweise auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland übertragen lassen.

---

79 Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR: «in sinngemässer Anwendung von Artikel 963 Absatz 2»; s.a. Duden, Internet: https://www.duden.de/ (Abruf 1.7.2020), «sinngemäss», wonach «analog» und «sinngemäss» Synonyme seien; Kramer (FN 57), 241.

80 Stefan Knobloch, Weitgehende Abschaffung der Inhaberaktien und weitere Neuerungen durch das Global-Forum-Gesetz, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 345 ff., 361.

81 BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 1.

82 Art. 958 Abs. 2 OR.

83 Stephan Glanz/Florian Zihler, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, 2. A., Zürich 2019 (zit. veb.ch Praxiskommentar-Verfasser), Art. 963 OR N 1.

84 Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589 ff. (zit. Botschaft), 1723.

85 BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 1.

86 S. dazu Kapitel III.H.

87 Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1279 *in fine;* Lukas Glanzmann, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, SJZ 2019, 611 ff., 618 *in initio;* Spoerlé (FN 12), GesKR 2019, 350.

88 Die Botschaft (FN 7), 316 f., beschränkt sich darauf, den Wortlaut von Art. 963 Abs. 2 OR wiederzugeben. Weiterführende Hinweise lassen sich der Botschaft mit anderen Worten nicht entnehmen.

89 Art. 697j Abs. 3 OR.

90 Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1280. Zu beachten ist, dass Art. 697j Abs. 3 OR noch zwei weitere Konstellationen erfasst.

91 Art. 963 Abs. 2 OR.

92 Die Lehre zum Rechnungslegungsrecht versteht unter «Unternehmen» juristische Personen, Personengesellschaften und Einzelunternehmen (z.B. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler [FN 83], Art. 963 OR N 25). Dieses andere Verständnis des Begriffs «Unternehmen» erklärt sich damit, dass im Rechnungslegungsrecht nur «rechnungslegungspflichtige Unternehmen» (s. Art. 963 Abs. 1 OR) Gegenstand des Kontrolltests bilden. Eine solche Einschränkung ist bei der analogen Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR nicht notwendig. Vielmehr sind die «Unternehmen» ausgehend vom räumlich-persönlichen Geltungsbereich von Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR zu bestimmen (s. Kapitel II.B.).

93 Art. 154 f. IPRG, insbesondere z.B. Art. 155 lit. e IPRG (s. dazu z.B. BSK IPRG-Eberhard/von Planta [FN 73], Art. 155 N 11); veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31 *in fine,* 39 und 43.

B. Kontrollkonzept

Art. 963 Abs. 2 OR liegt das angelsächsische *«control»*-Konzept zugrunde.[94] Eine Person[95] kontrolliert i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR ein Unternehmen, wenn sie die Möglichkeit zur Ausübung von Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR hätte.[96] Ob diese Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR tatsächlich ausgeübt wird, ist somit irrelevant.[97] Wenn wir nachfolgend von «Kontrolle» oder «kontrollieren» sprechen, meinen wir damit eine Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR.

C. Partielle Kontrollvermutung

Unerheblich ist nach einem Teil der Lehre, ob der Kontrolle rechtliche oder faktische Schranken entgegenstehen (Kontrollfiktion).[98] Der überwiegende Teil der Lehre lehnt diese Ansicht grundsätzlich zu Recht ab: Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 (nicht aber Ziff. 3) OR stellen in der Tat lediglich eine widerlegbare Kontrollvermutung auf.[99] Art. 963 Abs. 2 OR statuiert einen formellen *ex ante*-Kaskadenkontrolltest (Kapitel III.D.). Folglich kann die Kontrollvermutung i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR (Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ) nur durch eine Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR (Bestellungs- und Abberufungsrecht) oder Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR (beherrschender Einfluss) widerlegt werden. Die Kontrollvermutung i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR (Bestellungs- und Abberufungsrecht) kann ihrerseits nur durch eine Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR (beherrschender Einfluss) widerlegt werden. Demgegenüber stellt Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR keine Kontrollvermutung auf: Wer einen beherrschenden Einfluss i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR ausüben kann, kontrolliert rein begriffslogisch ein Unternehmen, sodass die Existenz seiner Kontrolle nicht wiederlegt werden kann.

Präzisierend ist noch Folgendes anzumerken: Rechtliche[100] – nicht aber faktische[101] – Schranken, welche die Ausübung der Kontrolle verhindern, sind während[102] und nicht erst nach Abschluss des Kontrolltests zu berücksichtigen. Solche Schranken widerlegen folglich nicht eine Kontrollvermutung i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR. Existieren rechtliche Schranken, führt dies mit anderen Worten dazu, dass ein vordergründig erfülltes Kontrollkriterium i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1–3 OR als nicht erfüllt gilt, wie folgendes Beispiel veranschaulicht: Besitzt eine Person die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ eines Unternehmens, kontrolliert sie dieses nicht i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR, wenn ein Dritter über ein Vetorecht verfügt.

D. Art. 963 Abs. 2 OR: ein formeller *ex ante*-Kaskadenkontrolltest

1. Kontrollkriterien

Eine Person kontrolliert – vorbehaltlich rechtlicher Schranken (Kapitel III.C.) – ein Unternehmen, wenn sie eine[103] der drei in Art. 963 Abs. 2 OR erwähnten «Rechtspositionen»[104] (nachfolgend «Kontrollkriterien») innehat und diese gültig und durchsetzbar ist:

---

94 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 14.

95 Bei der direkten Anwendung eine juristische Person und bei der analogen Anwendung eine natürliche Person. Nachfolgend sprechen wir nur von «Person», meinen aber damit natürliche und juristische Personen.

96 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 14, und Peter Böckli, OR-Rechnungslegung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 1204, die beide jedoch von der Möglichkeit der «Ausübung eines beherrschenden Einflusses» statt von «Kontrolle» sprechen; OFK Aktienrecht-Dekker, Art. 963 OR N 5, in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016 (zit. OFK Aktienrecht-Verfasser).

97 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 15 und 28 f.; CR CO II-Torrione/Barakat (FN 12), Art. 963 N 16; zur Rechtslage im Kartellrecht s. z.B. Sinem Süslü, in: Roger Zäch/Ruth Arnet/Marino Baldi/Regina Kiener/Olivier Schaller/Felix Schraner/Adrian Spühler (Hrsg.), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. KG Kommentar-Verfasser), Art. 4 N 79 f.

98 Böckli (FN 96), N 1205; veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 29; so auch ein Teil der deutschen Lehre, z.B. Beck'scher Bil-Komm-Grottel/Kreher, § 290 HGB/DE N 31, in: Bernd Grottel/Stefan Schmidt/Wolfgang J. Schubert/Ulrich Störk (Hrsg.), Handels- und Steuerbilanz (§§ 238 bis 339, 342 bis 342e HGB), Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. A., München 2020 (zit. Beck'scher Bil-Komm-Verfasser).

99 Z.B. BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 21; Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, SPR VIII/9, 2. A., Basel 2016, N 940; Lukas Glanzmann, Der Konzern im neuen Rechnungslegungsrecht, SZW 2016, 32 ff., 37 f.

100 Z.B. gesetzliche Schranken des SchKG (Glanzmann [FN 99], 38; OFK Aktienrecht-Dekker [FN 96], Art. 963 OR N 12) oder ein Vetorecht (s. z.B. Art. 807 Abs. 1 Satz 1 OR).

101 Kapitel III.D.4.

102 Wohl a.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1280, und BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 21, denen zufolge die Kontrollvermutung i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR durch statutarische oder vertragliche Bestimmungen, also rechtliche Schranken, *widerlegt* werden kann.

103 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 28 *in fine*.

104 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 28.

– die Stimmrechtsmehrheit[105] (direkt oder indirekt) im obersten Organ eines Unternehmens (Ziff. 1; nachfolgend «Kontrollkriterium ‹Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ›»);
– das Recht (direkt oder indirekt), so viele Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans eines Unternehmens zu bestellen und[106] abzuberufen, sodass diese bestellten Mitglieder (nachfolgend «kontrollierende Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans») über die Stimmrechtsmehrheit im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan bezüglich eines oder mehrerer Kontrollentscheide im Sinne des Kartellrechts (Kapitel III.E.3.) verfügen[107] (Ziff. 2; nachfolgend «Kontrollkriterium ‹Bestellungs- und Abberufungsrecht›»);
– das Recht (z.B. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente), einen beherrschenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben (Ziff. 3; nachfolgend «Kontrollkriterium ‹beherrschender Einfluss›»).

Art. 963 Abs. 2 OR zählt die Kontrollkriterien in dem Sinne abschliessend auf, als andere nicht in Art. 963 Abs. 2 OR erwähnte bzw. kodifizierte Kriterien (z.B. bei der AG das Recht, den Verwaltungsratspräsidenten zu bestimmen) nicht beigezogen werden können, um zu untersuchen, ob eine Person eine Kontrolle ausübt.[108] Dafür sprechen der Wortlaut[109] und die Normstruktur[110] von Art. 963 Abs. 2 OR. Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise, wonach weitere Kontrollkriterien zu berücksichtigen sind.[111] Kein Argument für das Vorliegen einer beispielhaften Aufzählung der Kontrollkriterien ist, dass Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR in dem Sinne offen formuliert ist, als neben Statuten, Stiftungsurkunden oder Verträgen zusätzlich noch «vergleichbare Instrumente» bedeutsam sein können. Diese beispielhafte Aufzählung ist nämlich lediglich auf Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR beschränkt und dürfte dazu dienen, neuartige Instrumente[112] zu erfassen.

2. Kontrolle der «Exekutive»

Wieso vermitteln die drei Rechtspositionen i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1–3 OR die Kontrolle über ein Unternehmen? Weil sie einer Person die Kontrolle über das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan – die «Exekutive»[113] – eines Unternehmens und damit letztlich über das Unternehmen selbst verschaffen.

Wer nämlich die «Exekutive» eines Unternehmens kontrolliert, kontrolliert in der Regel das Unternehmen selbst.[114] Dieser Ansicht ist auch das Gesetz: So bestimmt Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR, dass eine Person ein Unternehmen kontrolliert, wenn diese Person über ein Bestellungs- und[115] Abberufungsrecht bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans verfügt. Unseren Befund bestätigt auch Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR, wonach jene Person, welche die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ eines anderen Unternehmens besitzt, dieses kontrolliert, weil sie die

[105] Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR spricht von «Mehrheit der Stimmen». Allerdings ist es präziser, von «Stimmrechtsmehrheit» zu sprechen (s.a. Kapitel III.E.2.).

[106] Der Wortlaut von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR besagt, dass dieses Kontrollkriterium erfüllt ist, wenn jemand entweder ein Bestellungsrecht oder ein Abberufungsrecht bezüglich der Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans besitzt. Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Person jedoch nur dann eine Kontrolle ausüben, wenn sie das Bestellungs- und das Abberufungsrecht besitzt (s. Kapitel III.F.). Dieses Bestellungs- und Abberufungsrecht muss sich zudem entgegen dem Wortlaut von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR nicht auf die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans beziehen, sondern nur auf so viele Mitglieder, dass diese Mitglieder gemeinsam über die Stimmrechtsmehrheit im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan verfügen (s. Kapitel III.F.).

[107] S. FN 106.

[108] A.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 49; wohl a.M. BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 14.

[109] Art. 963 Abs. 2 OR spricht von «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn sie». Es fehlt folglich ein für eine beispielhafte (und damit nicht abschliessende) Aufzählung typisches Wort, z.B. «insbesondere» oder «namentlich».

[110] Art. 963 Abs. 2 OR enthält drei Ziffern, die durch Semikolons und das Wort «oder» getrennt sind. Die Normstruktur lässt somit nicht darauf schliessen, dass noch weitere Kriterien eine Rolle spielen sollen.

[111] Botschaft (FN 84), 1723. Vielmehr spricht sich die Botschaft (FN 84), 1723, tendenziell dafür aus, dass keine weiteren als die von Art. 963 Abs. 2 OR aufgezählten Kriterien zu berücksichtigen sind («Absatz 2 legt fest, wann eine juristische Person ein anderes Unternehmen in rechtsrelevanter Weise kontrolliert.»).

[112] veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 44 *in fine,* die von einem Auffangtatbestand sprechen.

[113] So z.B. auch Kunz (FN 45), § 2 N 215, und Daniel Daeniker, Wer kontrolliert die Aktiengesellschaft?, SZW 2016, 434 ff., 435, beide bezüglich Kapitalgesellschaften.

[114] Dies belegen u.a. die Kontrollkämpfe bei AGs z.B. im Zusammenhang mit Proxy Fights, vgl. dazu z.B. Frank Gerhard, «Herr Ober, in meiner Suppe ist eine Fliege!», Vergleichsvereinbarung zwischen Aktionärsaktivist und Emittenten: Third Point vs. Campbell Soup, GesKR 2019, 475 ff., 477 *in fine;* Lorenzo Olgiati, Shareholder Activism in der Schweiz – aktuelle Entwicklungen und Rechtsfragen, SJZ 2018, 29 ff., 30; Christian Kunz, Werben um Aktionärsstimmen bei Schweizer Publikumsgesellschaften («Proxy Fights»), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, N 39; Rolf Watter/Corrado Rampini, Proxy Fights, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 1 ff., 4.

[115] S. FN 106.

«Legislative»[116] und deshalb auch die «Exekutive» kontrolliert (s.a. Kapitel III.E.1. und Kapitel III.E.3.). Wer nämlich die «Legislative» kontrolliert, kann die Zusammensetzung der «Exekutive» bestimmen und gegebenenfalls Grundlagenentscheidungen (z.B. Budget) treffen, die für die «Exekutive» verbindlich sind.[117] Neben dieser originären Form der Kontrolle der «Exekutive» qua Bestimmung der Zusammensetzung der kontrollierenden Mitglieder der «Exekutive» lässt sich ein Unternehmen auch kontrollieren, indem man einen beherrschenden Einfluss (z.B. mittels eines Weisungsrechts) auf die kontrollierenden Mitglieder der «Exekutive» ausübt (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Auch das dritte in Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR genannte Kontrollkriterium bestätigt folglich unseren Befund, dass es beim Art. 963 Abs. 2 OR zugrundeliegenden Kontrolltest darum geht, wer die «Exekutive» eines Unternehmens beherrscht.

3. Kaskadenkontrolltest

Der Kontrolltest von Art. 963 Abs. 2 OR ist ein Kaskadenkontrolltest[118]. Dies ergibt sich aus der Struktur von Art. 963 Abs. 2 OR. Dafür spricht jedoch auch, dass die «Exekutive» originär dadurch kontrolliert wird, indem man deren Zusammensetzung bestimmt.

Ausgangspunkt des Kontrolltests ist folglich stets das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ»:

– Ist das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» erfüllt, ist zu prüfen, ob die damit verbundene Kontrollvermutung widerlegt wird, weil eine andere Person das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» oder das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss» erfüllt. Ist keines dieser beiden Kontrollkriterien erfüllt, kontrolliert die Person, die das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» erfüllt, das Unternehmen. Sollte nur eines dieser beiden Kontrollkriterien erfüllt sein, kontrolliert jene Person, die das Kontrollkriterium erfüllt, und nicht die Person, die das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» erfüllt, das Unternehmen. Sollten das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» und das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss» erfüllt sein, kontrolliert nur jene Person, die das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss» erfüllt – und somit weder die Person, die das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» erfüllt, noch die Person, die das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» erfüllt –, das Unternehmen.
– Ist das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» nicht erfüllt, ist zu prüfen, ob eine Person das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» erfüllt. Falls ja, kontrolliert diese Person das Unternehmen, sofern nicht eine andere Person das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss» erfüllt. In diesem Fall kontrolliert nur diese Person das Unternehmen. Erfüllt niemand das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» und das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss», existiert keine Person, die das Unternehmen kontrolliert.

4. Irrelevanz von faktischer und schuldrechtlicher Kontrolle

Aus Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1–3 OR geht hervor, dass nur eine *unternehmensrechtliche* Kontrolle, welche die Beherrschung der «Exekutive» und damit des Unternehmens ermöglicht, eine Rolle spielt. Folglich ist eine *faktische*[119] Kontrolle im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 OR irrelevant.[120] Aus diesem Grund kontrollieren z.B. die An-

---

116 S. Riemer (FN 18), N 698, der die GV bzw. Mitgliederversammlung (eines Vereins) als Willensbildungsorgan bezeichnet; s.a. Kunz (FN 45), § 2 N 215, bezüglich Kapitalgesellschaften. Es ist allerdings umstritten, ob gewisse Rechtsformen (z.B. Stiftungen) über eine «Legislative» verfügen (s. dazu Kapitel III.E.1.).

117 Gl.M. BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 15 *in initio;* CHK-Lipp, Art. 963 OR N 26, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Verfasser); teilweise gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31 *in initio;* Handschin (FN 99), N 937, insbesondere auch Anm. 11, und OFK Aktienrecht-Dekker (FN 96), Art. 963 OR N 6, alle betreffend die Zusammensetzung der «Exekutive».

118 Nachfolgend sprechen wir der Einfachheit halber jedoch nur noch von «Kontrolltest».

119 Z.B. persönliche Beziehungen aufgrund von Verwandtschaft oder Freundschaft, marktbedingte Abhängigkeit, wie z.B. gesetzliche, behördliche, volkwirtschaftliche, branchenbedingte sowie marktbezogene Rahmenbedingungen (bezüglich des deutschen Rechts z.B. Hans Adler/Walther Düring/Kurt Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Teilband 4, 6. A., Stuttgart 1997, § 17 AktG/DE N 22), oder wirtschaftliche Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen, z.B. von einem Lieferanten (bezüglich des deutschen Rechts z.B. Adler/Düring/Schmaltz [FN 119], § 17 AktG/DE N 23).

120 Wohl gl.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281, denen zufolge eine faktische Präsenzmehrheit im Rahmen von Art. 693 Abs. 2 Ziff. 1 OR nicht zu berücksichtigen ist; CHK-Lipp (FN 117), Art. 963 OR N 27; wohl teilweise gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 50 *in initio;* wohl a.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281, die im Zusammenhang mit Options- und Wandelrechten eine faktische Kontrolle berücksich-

teilseigner einer Familiengesellschaft diese Gesellschaft nicht infolge der familiären oder verwandtschaftlichen Bande.[121]

Aber auch eine isolierte *schuldrechtliche*[122] Kontrolle ist im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 OR irrelevant.[123] Eine schuldrechtliche Kontrolle kann im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 OR nur dann eine Rolle spielen, wenn sie mit einer unternehmensrechtlichen Mitwirkungsmöglichkeit verbunden ist.[124] Zu denken ist z.B. an einen Darlehensgeber, der berechtigt ist, die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans des Darlehensnehmers zu bestimmen.[125] Fehlt es an einer solchen unternehmensrechtlichen Mitwirkungsmöglichkeit, ist eine schuldrechtliche Kontrolle irrelevant. Deswegen sind z.B. aus Sicht eines Unternehmens wichtige Kunden- oder Lieferantenverträge, die keine unternehmensrechtliche Mitwirkungsmöglichkeit vorsehen, im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 OR unbedeutsam.[126] Eine schuldrechtliche Kontrolle i.V.m. einer unternehmensrechtlichen Mitwirkungsmöglichkeit ist jedoch nur dann zu berücksichtigten, wenn der Vertrag gültig und durchsetzbar ist.[127] Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um eine im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 OR irrelevante faktische Kontrolle.

5. Fazit

Art. 963 Abs. 2 OR liegt ein Kaskadenkontrolltest zugrunde, womit festgestellt werden kann, ob und falls ja, wer die «Exekutive» eines Unternehmens kontrolliert. Dieser Kontrolltest ist ein *formeller* Test, weil nur eine unternehmensrechtliche Kontrolle relevant ist. Dieser formelle Kontrolltest ist zudem abstrakt und konkret und damit ein «hybrider Kontrolltest»: Er ist insofern *abstrakt,* weil es sich um einen *ex ante*-Kontrolltest handelt, der losgelöst von zukünftigen konkreten Verhältnissen (z.B. von konkreten Beschlussfassungen im jeweiligen obersten Organ) im Zeitpunkt, in dem der meldepflichtige Aktionär seiner GAFI-Meldepflicht nachkommt, durchgeführt wird. Der Kontrolltest ist jedoch insofern *konkret,* als im Einzelfall geprüft wird, ob eine gültige und durchsetzbare rechtliche Kontrolle besteht und ob ihr rechtliche Schranken entgegenstehen.[128] Der Kontrolltest ist schliesslich *einmalig,* weil die GAFI-Meldepflicht einmalig ist.[129]

E. Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ (Prüfschritt 1)

1. Oberstes Organ

Das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» ist erfüllt, wenn eine Person im obersten Organ eines anderen Unternehmens die Mehrheit der Stimmrechte besitzt.[130] Dieses Kontrollkriterium ist einer Lehrmeinung zufolge nur auf Unternehmen anwendbar, die im obersten Organ nicht «nach Köpfen» abstimmen, also z.B. AGs oder GmbHs.[131] Diese Aussage ist in dieser Absolutheit unzutreffend. Es trifft zwar zu, dass keine

tigen wollen; veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 47 und 51; BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 17; OFK Aktienrecht-Dekker (FN 96), Art. 963 OR N 8.

121 Im Ergebnis wohl gl.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1282.

122 Z.B. aufgrund von vertraglichen Weisungsrechten (bezüglich des deutschen Rechts z.B. Adler/Düring/Schmaltz [FN 119], § 17 AktG/DE N 23).

123 Wohl gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 50 *in initio;* so auch bezüglich § 290 HGB/DE: Beck'scher Bil-Komm-Grottel/Kreher (FN 98), § 290 HGB/DE N 51 *in fine.*

124 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 50 *in initio.*

125 Vgl. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 50 *in fine.*

126 Gl.M. Böckli (FN 96), N 1201: «Eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit (z.B. durch einen Grosskredit, ohne den das Unternehmen seine Tätigkeit nicht fortsetzen könnte, oder die Abhängigkeit von einem Lieferanten oder einem Abnehmer) genügt nicht»; CHK-Lipp (FN 117), Art. 963 OR N 27; Glanzmann (FN 99), 39 *in initio.*

127 Gl.M. bezüglich Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR: Glanzmann (FN 99), 39 *in initio* «rechtlich durchsetzbaren Anspruch».

128 So werden z.B. beim Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» vertragliche Vereinbarungen betreffend die Stimmrechte und rechtliche Schranken (z.B. Vetorechte) berücksichtigt (Kapitel III.E.2.).

129 Vischer/Galli (FN 9), 26.

130 Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

131 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31; s.a. BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 15, denen zufolge bei Genossenschaften, Vereinen und Stiftungen das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit» deshalb nicht angewandt werden kann, weil «in diesen Gesellschaftsformen keine stimmberechtigten Kapitalanteile ausstehend sind und deshalb im Leitungs- oder Verwaltungsorgan ‹nach Köpfen› abgestimmt wird». Diese von Neuhaus/Baur vertretene Ansicht ist abzulehnen (s. Kapitel III.E.1. *in fine*). Zudem ist die Begründung von Neuhaus/Baur dogmatisch nicht haltbar: Das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» ist bei Genossenschaften, Vereinen und Stiftungen nicht deshalb nicht anwendbar, weil im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan das Kopfstimmprinzip gilt, sondern weil dieses Prinzip (grundsätzlich) im obersten Organ gilt. Würde man nämlich dieser Ansicht von Neuhaus/Baur folgen, wäre auch bei der AG und der GmbH das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» nicht erfüllt, da im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan von AGs (BSK OR II-Werlin/Rizzi [FN 16], Art. 713 N 8) und GmbHs (BSK OR II-Watter/Roth Pellanda [FN 16], Art. 809 N 18) zwingend das Kopfstimmrecht gilt.

Person allein die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ eines Unternehmens besitzen kann, wenn in dessen oberstem Organ das Kopfquorum gilt. Dies gilt jedoch nur, wenn das Kopfstimmprinzip zwingend ist. Zudem ist es denkbar, dass eine Person allein alle Stimmrechte besitzt und folglich trotz zwingendem Kopfstimmprinzip im obersten Organ die Stimmrechtsmehrheit besitzt.

Im Lichte des Gesagten ist nun zu untersuchen, bei welchen Unternehmen das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» eine Rolle spielt. Vorauszuschicken sind zwei Präzisierungen. Erstens ist mit Organ i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR nicht ein Stellvertreter gemeint, sondern der Funktions- bzw. Verwaltungsträger eines Unternehmens.[132] Zweitens ist mit «oberstem Organ» das *Willensbildungsorgan* gemeint, also z.B. die Generalversammlung (GV) oder Gesellschafterversammlung (GV). Es stellt sich die Frage, ob gewisse Unternehmen (z.B. Stiftungen) überhaupt über ein Willensbildungsorgan verfügen.[133] Folgt man der Auffassung, dass gewisse Unternehmen über kein Willensbildungsorgan verfügen, ist das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» *a priori* nicht erfüllbar, selbst wenn ein anderes Organ (z.B. bei der Stiftung der Stiftungsrat)[134] als oberstes Organ gilt. In diesem Fall spielen nur die beiden anderen Kontrollkriterien eine Rolle. Vertritt man hingegen die Auffassung, dass solche Unternehmen über ein Willensbildungsorgan verfügen, ist das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» anwendbar. Gilt ein Unternehmen als Rechtsgemeinschaft, ist im Einzelfall zu ermitteln, ob dieses über ein Willensbildungsorgan verfügt.[135] Sofern eine Rechtsgemeinschaft sowohl über eine «Legislative» als auch eine «Exekutive» verfügt, dürften die Mitglieder des obersten Organs und des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft[136] identisch sein, was beim Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» eine Rolle spielt (Kapitel III.F.). Als oberstes Organ gelten:

– *AG:* Oberstes Organ ist die GV der Aktionäre.[137] In der GV gilt das Mehrheitsprinzip, wobei ein Kapitalquorum oder ein Aktienzahlquorum anwendbar ist.[138]
– *KmAG:* Oberstes Organ ist die GV der Aktionäre[139].[140] In der GV gilt grundsätzlich das Mehrheitsprinzip, wobei ein Kapitalquorum oder ein Aktienzahlquorum[141] anwendbar ist.[142] Allerdings sind der GV – im Gegensatz zur GV einer AG – wichtige Kompetenzen (z.B. Wahl- und Abwahl der Verwaltung) entzogen.[143]
– *GmbH:* Oberstes Organ ist die GV.[144] In der GV gilt das Mehrheitsprinzip, wobei grundsätzlich[145] ein Kapitalquorum oder Stammanteilzahlquorum anwendbar ist.[146]

---

132 So betreffend AG z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 16), Art. 698 N 1a; s.a. im Allgemeinen: Weber (FN 32), 154.

133 Riemer (FN 18), N 698: «Die Generalversammlung als Willensbildungsorgan des Vereins hat aber *per definitionem* keine Entsprechung bei den Stiftungen. Die Stiftungen können gar nicht wirklich einen eigenen Willen bilden. Man kann etwas Derartiges auch nicht durch die Stiftungsurkunde oder durch ein Reglement einführen»; Hans Michael Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60–79 ZGB, Bern 1990 (zit. BK-Riemer), Art. 64 ZGB N 1 *in initio*.

134 S. OFK Aktienrecht-Dekker (FN 96), Art. 963 OR N 6.

135 S. betreffend einfache Gesellschaft z.B. ZK-Handschin/Vonzun (FN 56), Art. 534–535 OR N 1 f. und 5; BK-Fellmann/Müller (FN 41), Art. 534 OR N 19: «Für die Beschlussfassung und die Geschäftsführung finden sich im Gesetz eigene Bestimmungen. Während Art. 534 OR die Beschlussfassung regelt, befasst sich Art. 535 OR mit der Geschäftsführung. Art. 534 OR bestimmt, ‹wie der für die Gesellschaft massgebliche Wille zustande kommt› […]. Art. 535 OR regelt, wie dieser Wille ‹verwirklicht, in die Tat umgesetzt wird› […]» (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Beitrags entfernt).

136 S. betreffend einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft z.B. Roland Ruedin, Droit des sociétés, 2. A., Bern 2006, N 786.

137 Art. 698 Abs. 1 OR.

138 Art. 692 Abs. 1 und 2 OR, Art. 693 OR, Art. 703 OR und Art. 704 Abs. 1 OR; Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und Art. 731b OR, Die Aktiengesellschaft, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZK-Tanner), Art. 703 OR N 25 ff. und 121 ff.

139 Zu den zwei Arten von Aktionären z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 17 N 20.

140 BSK OR II-Wildhaber (FN 16), Art. 766 N 4; Christoph Reinhardt, Die Kommanditaktiengesellschaft im schweizerischen Recht, Diss. Zürich, Zürich 1971, 82.

141 Reinhardt (FN 140), 51.

142 Art. 764 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 692 Abs. 1 und 2 OR, Art. 693 OR, Art. 703 OR und Art. 704 Abs. 1 OR (s. z.B. im Allgemeinen: BSK OR II-Wildhaber [FN 16], Art. 764 N 8; Reinhardt [FN 140], 83).

143 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 17 N 21, 24 *in fine* und 29.

144 Art. 804 Abs. 1 OR.

145 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 18 N 112, wonach das Kopfstimmprinzip eingeführt werden könne.

146 Art. 806 Abs. 1 und 2 OR, Art. 808 OR und Art. 808b Abs. 1 OR; s. BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 16), Art. 806 N 5 ff., insbesondere N 8 betreffend unechte Stimmrechtsanteile; s.a. Daniel M. Häusermann, § 68 Durchführung einer Gesellschafterversammlung, in: Fabiana Theus Simoni/Isabel Hauser/Harald Bärtschi (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, N 68.07 ff. und 68.12.

– *SICAV:* Oberstes Organ ist die GV der Aktionäre.[147] In der GV gilt das Mehrheitsprinzip, wobei ein Kapitalquorum anwendbar ist.[148]
– *Genossenschaft:* Oberstes Organ ist die GV der Genossenschafter.[149] In der GV gilt das Mehrheitsprinzip, wobei ein Kopfquorum[150] anwendbar ist.[151] Das Kopfstimmprinzip ist in der GV zwingend.[152]
– *Verein:* Oberstes Organ ist die Versammlung der Mitglieder.[153] In der Vereinsversammlung gilt das Mehrheitsprinzip, wobei ein Kopfquorum anwendbar ist.[154] Vereine können jedoch statutarisch vom dispositiven Kopfstimmprinzip abweichen und ein Mehrfachstimmrecht einführen.[155]
– *Stiftung:* Oberstes Organ ist der Stiftungsrat,[156] wobei wie erwähnt fraglich ist, ob dieser als oberstes Organ i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR gilt. Er kann aus einer oder mehreren natürlichen Personen bestehen.[157] Das Gesetz enthält keine Bestimmungen, wie der Stiftungsrat seine Beschlüsse fasst.[158] Sofern die Stiftungsurkunde und ein allfälliges Organisationsreglement sich nicht zur Beschlussfassung äussern, ist das Vereinsrecht (Art. 66–68 ZGB)[159] analog anzuwenden.[160]
– *Rechtsgemeinschaft mit «personalistischem Einschlag»*[161] *(Personengesellschaft):* Bei Personengesellschaften[162] ist die «Gesellschafterversammlung»[163] das oberste Organ.[164] In der «Gesellschafterversammlung» gilt grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip.[165] Die Gesellschafter können jedoch vom Einstimmigkeitsprinzip und vom subsidiär gesetzlich vorgesehenen Kopfstimmprinzip abweichen und ein Mehrheitsprinzip vereinbaren.[166]
– *Rechtsgemeinschaft ohne «personalistischen Einschlag»*[167]: Nach der Gesetzeskonzeption ist die «Miteigentümerversammlung» bzw. die «Gesamteigentümerversammlung» das oberste Organ.[168] In der

---

147 Art. 50 Abs. 1 KAG; s.a. Jutzi/Schären (FN 30), N 380.
148 Art. 47 Abs. 1 KAG und Art. 50 Abs. 3 KAG; s. BSK KAG-Weber (FN 62), Art. 47 N 3 und Art. 50 N 9 ff.; Jutzi/Schären (FN 30), N 342.
149 Art. 879 Abs. 1 OR; s. aber Art. 892 OR und die Spezialregeln für einzelne Genossenschaftsarten.
150 Dazu im Allgemeinen: ZK-Tanner (FN 138), Art. 703 OR N 125.
151 Art. 885 OR und Art. 888 Abs. 1 OR.
152 Z.B. BSK OR II-Moll (FN 16), Art. 885 N 1.
153 Art. 64 Abs. 1 ZGB.
154 Art. 67 Abs. 1 und 2 ZGB.
155 Z.B. BK-Riemer (FN 133), Art. 67 ZGB N 7 ff.; s.a. BSK ZGB I-Scherrer/Brägger (FN 27), Art. 67 N 4 f. m.w.N.
156 BSK ZGB I-Grüninger (FN 27), Art. 83 N 4; s.a. Riemer (FN 18), N 698.
157 BSK ZGB I-Grüninger (FN 27), Art. 83 N 5, auch zur Frage, ob juristische Personen Mitglieder des Stiftungsrats sein können.
158 S. Art. 83 ZGB.
159 Hans Michael Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89bis ZGB, Bern 1981 (zit. BK-Riemer), Art. 83 ZGB N 32; s.a. BSK ZGB I-Grüninger (FN 27), Art. 83 N 15 *in fine,* wonach grundsätzlich das Kopfstimmprinzip gelte.
160 BGE 129 III 641 E. 3.4.
161 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 95.
162 Zu diesem Begriff s. Kapitel II.B.2.
163 Vgl. Art. 534 Abs. 1 OR (einfache Gesellschaft); Art. 557 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 534 Abs. 1 OR (Kollektivgesellschaft); Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR und Art. 534 Abs. 1 OR (Kommanditgesellschaft); Art. 99 KAG i.V.m. Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR und Art. 534 Abs. 1 OR (Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen). S.a. betreffend einfache Gesellschaft BGE 88 II 209 E. II.3.b: «Der Wille, die Verbindung zur Körperschaft zu machen, ihr Persönlichkeit zu geben, kommt darin nicht unzweideutig zum Ausdruck, denn auch für eine einfache Gesellschaft ist eine gewisse Organisation angängig, ja bei einem erheblichen Mitgliederbestande wie hier praktisch notwendig. Die Bezeichnungen ‹Generalversammlung›, ‹Vorstand›, ‹Präsident› und ‹Aktuar› sind nicht ungewöhnlich, so dass sie für eine einfache Gesellschaft vom Umfange und der wirtschaftlichen Bedeutung der vorliegenden Vereinigung schlechterdings nicht passen würden. Namentlich kann die Zusammenkunft von 37 Gesellschaftern füglich als ‹Generalversammlung› bezeichnet werden. Dass auch eine einfache Gesellschaft die Geschäftsführung einem Vorstand übertragen kann, wurde bereits gesagt. Wie im Eisen-Verband hat der Vorstand auch in der Z-O übrigens nur die ‹laufenden Geschäfte› zu besorgen. Was darüber hinaus geht, fällt in die Zuständigkeit der Generalversammlung. Diese kann ihre Beschlüsse teils mit absolutem Mehr, teils mit drei Vierteln der anwesenden oder vertretenen Mitglieder fassen.»
164 Einfache Gesellschaft: ZK-Handschin/Vonzun (FN 56), Art. 534–535 OR N 5; BK-Fellmann/Müller (FN 41), Art. 534 OR N 19; s.a. FN 135; Kollektivgesellschaft: Lukas Handschin/Han-Lin Chou, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 552–619 OR, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. ZK-Handschin/Chou), Art. 557 OR N 7; Kommanditgesellschaft: ZK-Handschin/Chou (FN 164), Art. 598 OR N 4.
165 BK-Fellmann/Müller (FN 41), Art. 534 OR N 54.
166 Einfache Gesellschaft: Art. 534 Abs. 2 OR (z.B. BSK OR II-Handschin [FN 16], Art. 534 N 3 f.; BK-Fellmann/Müller [FN 41], Art. 534 OR N 149 ff., insbesondere 153; s.a. ZK-Handschin/Vonzun [FN 56], Art. 534–535 OR N 11, 14, 99, 102 und 105, insbesondere 106, wonach keine Vertragsänderung durch Mehrheitsbeschluss möglich sei); Kollektivgesellschaft: Art. 557 Abs. 1 und 2 OR (z.B. BSK OR II-Handschin [FN 16], Art. 557 N 1 f.); Kommanditgesellschaft: Art. 598 Abs. 1 und 2 OR (z.B. BSK OR II-Handschin [FN 16], Art. 598 N 1 f.); Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen: Art. 99 KAG i.V.m. Art. 598 Abs. 1 und 2 OR (z.B. BSK KAG-du Pasquier/Poskriakov [FN 62], Art. 99 N 1 und 3; Jean-Claude Spillmann, Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, N 165 ff. und 217).
167 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 95.
168 S. z.B. BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann (FN 53), Art. 647 N 32; BSK ZGB II-Wichtermann (FN 53), Art. 652 N 11 und Art. 653 N 12 f.

Miteigentümerversammlung gelten verschiedene Quoren,[169] die jedoch vertraglich abgeändert werden können.[170] Die Gesamthandsgemeinschaft trifft ihre Beschlüsse grundsätzlich einstimmig (Art. 653 Abs. 2 ZGB). Die Gesamteigentümer können jedoch von diesem Grundsatz abweichen.[171]

– *Vertraglicher Anlagefonds:* Die Fondsleitung ist eine AG.[172] Es gelten daher die Ausführungen zur AG.
– *Trust mit Rechtspersönlichkeit:* Es ist im Einzelfall gestützt auf das Gesellschaftsstatut zu ermitteln, ob ein oberstes Organ existiert.
– *Trust ohne Rechtspersönlichkeit:* Ob ein oberstes Organ existiert, lässt sich nicht allgemeingültig beantworten. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, welche Rechtsform der Trustee hat.[173]

Das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» ist auf AGs, KmAGs, GmbHs und SICAVs anwendbar und bei diesen Rechtsformen auch praktisch bedeutsam.[174] Es ist, je nachdem welcher Auffassung man folgt, auch auf Stiftungen anwendbar. Allerdings ist es nur bei der analogen Anwendung (theoretisch)[175] bedeutsam,[176] da juristische Personen[177] nicht Stiftungsratsmitglieder sein können.[178] Auf Vereine ist dieses Kontrollkriterium nur anwendbar, sofern vom Kopfstimmrecht abgewichen wurde.[179] Gleiches dürfte auch für Rechtsgemeinschaften mit und ohne «personalistischen Einschlag»[180] gelten. Die praktische Bedeutung ist bei diesen beiden Rechtsformen folglich eher gering. Auf Genossenschaften mit einer GV ist dieses Kontrollkriterium schliesslich grundsätzlich[181] gar nicht anwendbar.[182] Aus diesem Grund ist jeweils eine Negativmeldung i.S.v. Art. 697j Abs. 2 Satz 2 OR zu erstatten, wenn eine Genossenschaft meldepflichtige Aktionärin ist und kein anderes Kontrollkriterium erfüllt ist. Gleiches gilt, wenn in der Kontrollkette eine Genossenschaft mit einer GV vorhanden ist, welche die Stimmrechtsmehrheit an ihrem Tochterunternehmen hält.

2. Stimmrechtsmehrheit

Das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» ist erfüllt, wenn eine Person im obersten Organ eines Unternehmens die absolute Mehrheit der Stimmrechte besitzt. Da es sich bei Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR um einen formellen *ex ante*-Kontrolltest (Kapitel III.D.) handelt, ist eine absolute Mehrheit der Stimmrechte aufgrund einer (nachhaltigen) faktischen Präsenzmehrheit irrelevant.[183]

Keine Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ besteht in paritätisch gehaltenen Zweipersonenunternehmen (z.B. Equity Joint Ventures). In diesem Fall ist das Kontrollkriterium i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR wegen der gemeinsamen Kontrolle (Joint Control) nicht erfüllt.[184] Etwas anderes gilt nur[185], wenn eine der beiden Personen über den Stichentscheid[186] verfügt.[187] Aus dem Gesagten folgt zudem, dass das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» nur erfüllt sein kann, wenn

---

169 BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann (FN 53), Art. 647 N 35.
170 BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann (FN 53), Art. 647 N 23 und 26.
171 BSK ZGB II-Wichtermann (FN 53), Art. 652 N 11 und Art. 653 N 12.
172 S. Kapitel II.B.3.a. und FN 65.
173 S. Kapitel II.B.4.
174 Gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31, die von Kapitalgesellschaften sprechen.
175 Es dürfte häufig nicht praktisch bedeutsam sein, zumindest sofern das Kopfstimmrecht gilt und der Stiftungsrat aus mehr als zwei natürlichen Personen besteht.
176 Zu denken ist z.B. an eine Stiftung am Ende der Kontrollkette.
177 S. FN 157.
178 Zu Recht ablehnend im Rechnungslegungsrecht: veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31; BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 15.
179 Gl.M. betreffend Personengesellschaften: veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31; a.M. betreffend Vereine: veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31; BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 15.
180 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 2 N 95.
181 Eine Ausnahme gilt bei Einpersonengenossenschaften, dazu z.B. BSK OR II-Baudenbacher (FN 16), Art. 831 N 19.
182 Gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31; BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 15.
183 Im Ergebnis gl.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281; a.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 34; BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 17.
184 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 56 f. und 59.
185 Dies setzt voraus, dass bezüglich der Kontrollentscheide das Stimmenerfordernis ein absolutes Mehr – und nicht etwa ein qualifiziertes Mehr (z.B. Zweidrittelmehrheit) – ist.
186 Zur Zulässigkeit des Stichentscheids in der GV der AG z.B. Merens Cahannes/Hans Caspar von der Crone, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 2017, 381 ff.; Andreas Schneuwly/Meinrad Vetter, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017, 266 ff.; Pascal Zysset/Dario Galli, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, recht 2017, 125 ff.; Markus Vischer, (2) BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017, 685 ff.; Markus Vischer, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, 81 ff.
187 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 36 *in fine.*

eine Person die absolute Mehrheit der Stimmrechte besitzt;[188] wirtschaftlich berechtigte Person kann daher nur eine Person und damit auch keine Personengruppe[189] sein.

Der Lehre zufolge besitzt eine Person die absolute Mehrheit der Stimmrechte, wenn sie über mehr als 50% der Stimmrechte verfügt.[190] Um welche Art Quorum es sich hierbei handelt, wie dieses berechnet wird und bei welchen Traktanden diese Stimmrechtsmehrheit vorliegen muss, beantwortet diese Lehrmeinung jedoch nicht. Da Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR einen formellen *ex ante*-Kontrolltest statuiert (Kapitel III.D.), sind bezüglich des Berechnungsmassstabs, der Berechnungsgrundlage und des Stimmenerfordernisses folgende Überlegungen anzustellen:

Als *Berechnungsmassstab*[191] (Zähler) sind die von einer Person im Zeitpunkt des Kontrolltests ausübbaren Stimmrechte herbeizuziehen.[192] Sollten bei Kapitalgesellschaften der Kapital- und Stimmanteil nicht identisch sein, ist der Stimmanteil entscheidend.[193] Vom Stimmanteil *abzuziehen* sind jene Stimmrechte, die aufgrund des Gesetzes[194] (z.B. bei der AG eigene Aktien[195] oder Vinkulierung[196]), der Statuten (z.B. Höchststimmrechte)[197] oder eines Vertrags (z.B. Ausschluss der Stimmrechtsausübung)[198] nicht ausgeübt werden können.[199] Dem Stimmanteil *hinzuzurechnen* sind gemäss einer weit verbreiteten Ansicht potenzielle Stimmrechte, d.h. «ohne Weiteres ausübbar[e] bzw. wandelbar[e]»[200] Options- und Wandelrechte.[201] Diese Ansicht ist abzulehnen, da Options- und Wandelrechte lediglich eine unbeachtliche faktische Kontrolle vermitteln.[202] Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur bei Kapitalgesellschaften (z.B. AGs), die über ein bedingtes (Aktien-)Kapital verfügen. In einem solchen Fall sind auch im Zeitpunkt des Kontrolltests infolge rechtsgültiger Ausübung eines Options- oder Wandelrechts existente (aber noch nicht im Handelsregister eingetragene) Stimmrechte zu berücksichtigen.[203] Demgegenüber sind dem Stimmanteil die Stimmanteile Dritter hinzuzurechnen, sofern eine entsprechende Vereinbarung (z.B. Aktionärbindungsvertrag oder Treuhandvertrag) existiert.[204] Nach der Lehre sind die meisten Aktionärbindungsverträge im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR irrelevant, da die übliche Vereinbarung eines «gleich gerichteten Stimmverhaltens»[205] nicht genüge.[206] Vielmehr, so diese Lehrmeinung, müssen die anderen Vertragsparteien zugunsten einer Vertragspartei bei den Kontrollentscheiden (Kapitel III.E.3.) auf ihr Stimmrecht verzichten, sodass diese Person im obersten Organ über die Stimmrechtsmehrheit verfügt.[207] Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Nur sofern eine vertragliche Verpflichtung zu einem bestimmten Stimmverhalten im Zusammenhang mit den Kontrollentscheiden besteht (Stimmbindungsvereinbarung), sind die Stimmrechte der anderen Vertragsparteien dem Stimmanteil hinzuzurechnen.[208] Hinzuzurechnen

188 Wohl a.M. Andrea Gamba/Luca Castiglioni, Le modifiche al CO e al CP con riferimento al tema delle azioni al portatore, NF 2019, 369 ff., 374.

189 Werden z.B. bei einer Kapitalgesellschaft am Ende der Kontrollkette die Mehrheit der Anteile im Mit- oder Gesamteigentum gehalten (Rechtsgemeinschaft), ist zu prüfen, ob eine Person die Mehrheit der Stimmrechte im obersten Organ dieser Rechtsgemeinschaft (Kapitel II.B.2.) besitzt.

190 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 32; OFK Aktienrecht-Dekker (FN 96), Art. 963 OR N 6; s.a. bezüglich Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR: Gamba/Castiglioni (FN 188), 374.

191 Dazu bezüglich AG z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 16), Art. 703 N 6.

192 S. z.B. ZK-Tanner (FN 138), Art. 703 OR N 122 ff., bezüglich Aktienzahlquorum bei der AG.

193 Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281 *in initio;* veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 32 f.

194 Bezüglich AG z.B. BSK OR II-Länzlinger (FN 16), Art. 692 N 6.

195 Art. 659a Abs. 1 OR und Art. 659b Abs. 1 OR.

196 Art. 685c Abs. 2 OR. Die Vinkulierung spielt nur dann eine Rolle, wenn die vinkulierten Namenaktien mittels Erbgang, Erbteilung, ehelichen Güterrechts oder Zwangsvollstreckung erworben wurden. In allen anderen Fällen erwirbt der Erwerber das Eigentum an den Aktien gar nicht erst (Art. 685c Abs. 1 OR).

197 Bezüglich AG: Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR.

198 Einschränkungen der Abstimmungsfreiheit des Inhabers der Stimmrechtsmehrheit bezüglich der Kontrollentscheide aufgrund eines Aktionärbindungsvertrags oder Treuhandvertrags sind nicht im Rahmen des Kontrollkriteriums «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» zu berücksichtigen, sondern im Rahmen des Kontrollkriteriums «Bestellungs- und Abberufungsrecht» (s. Kapitel III.F.).

199 Gl.M. betreffend Gesetz, Statuten oder Gesellschaftsvertrag (Stimmverbote): veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 32; gl.M. betreffend statutarische Höchststimmrechte: Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281; a.M. betreffend vertragliche Ausschlüsse der Stimmrechtsausübung: veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31.

200 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 35.

201 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 35; BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 16.

202 A.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281.

203 Zu Options- oder Wandelrechten im Allgemeinen: BSK OR II-Zindel/Isler (FN 16), Art. 653 N 3 *in initio.*

204 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 46; Böckli (FN 96), N 1200, betreffend Treuhand.

205 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 46.

206 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 46.

207 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 46.

208 Wohl gl.M. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1282.

sind schliesslich allen übergeordneten Mutterunternehmen (bzw. letztlich gegebenenfalls einer natürlichen Person) die Stimmrechte aller (direkten und indirekten) Tochterunternehmen.[209]

Berechnungsgrundlage[210] bzw. Basisgrösse[211] (Nenner) ist die Gesamtzahl der im obersten Organ des Unternehmens im Zeitpunkt des Kontrolltests existenten Stimmrechte.[212] Bei Kapitalgesellschaften ist zur Bestimmung der Berechnungsgrundlage auf den Handelsregistereintrag abzustellen. Verfügt eine Kapitalgesellschaft (z.B. AG) über bedingtes Kapital, ist bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage ausnahmsweise nicht nur auf den Handelsregistereintrag abzustellen, sondern auch auf die im Zeitpunkt des Kontrolltests existenten Stimmrechte.[213]

Das *Stimmenerfordernis*[214], d.h. die für einen positiven Beschluss pro relevantes Traktandum (Kapitel III.E.3.) erforderliche Stimmrechtsmehrheit, lässt sich nicht allgemeingültig bestimmen.[215] Bei den relevanten Traktanden dürfte ein positiver Beschluss – mangels anderslautender statutarischer oder vertraglicher Bestimmungen – regelmässig zustande kommen, wenn mehr als 50% der Stimmen dem Antrag[216] zustimmen.[217] Im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR liegt folglich dann eine für den Kontrolltest relevante Stimmrechtsmehrheit vor, wenn eine Person die massgebliche (z.B. mehr als 50% oder Zweidrittelmehrheit) Mehrheit aller Stimmrechte auf sich vereinigt (absolutes Mehr).[218] Gilt im obersten Organ eines Unternehmens ein statutarisches oder vertragliches Präsenzquorum[219] und kann eine Person trotz ihrer Stimmrechtsmehrheit ohne die Anwesenheit einer oder mehrerer anderer Personen nicht über das relevante Traktandum abstimmen,[220] kontrolliert sie das Unternehmen wegen der gemeinsamen Kontrolle (Joint Control) nicht. Denn der oder die anderen Personen verfügen über eine Sperrminorität, welche die gleichen Wirkungen wie ein Vetorecht[221] zeitigt.

3. Kontrollentscheide

Die *ratio* des Kontrollkriteriums «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» besteht darin, die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestimmen bzw. zu wählen und abzuwählen (Kapitel III.D.2.) sowie Grundlagenentscheidungen (Kapitel III.D.2.) zu treffen.[222] Folglich muss die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ nicht bezüglich aller Traktanden vorhanden sein, sondern nur bezüglich jener Traktanden[223] die einen Kontrollentscheid zum Gegenstand haben.

Der wichtigste Kontrollentscheid dürfte das Traktandum «Wahl- und Abberufung der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans» sein (Hauptkontrollentscheid).[224] Ob sich die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ zusätzlich auf einen oder mehrere andere Kontrollentscheide im Sinne des Kartellrechts, also z.B. auf das Traktandum

---

209 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 45.

210 Dazu bezüglich AG z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 16), Art. 703 N 6.

211 Z.B. Daniel Daeniker/Daniel Hasler, M&A und Governance bei Familiengesellschaften, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich/Basel/Genf 2017, 85 ff., 94.

212 A.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 34.

213 S. dazu im Allgemeinen: BSK OR II-Zindel/Isler (FN 16), Art. 653 N 3.

214 Dazu bezüglich AG z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 16), Art. 703 N 6.

215 Wohl a.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 36; Glanzmann (FN 99), 38; a.M. bezüglich § 290 HGB/DE z.B. Beck'scher Bil-Komm-Grottel/Kreher (FN 98), § 290 HGB/DE N 45, die generell auf die «einfache Stimmrechtsmehrheit» abstellen.

216 Bezüglich AG z.B. ZK-Tanner (FN 138), Art. 703 OR N 75.

217 Zur Beschlussfassung im Allgemeinen: ZK-Tanner (FN 138), Art. 703 OR N 44 und 53.

218 Zum absoluten Mehr im Allgemeinen: ZK-Tanner (FN 138), Art. 703 OR N 73 und 84 ff.

219 Bezüglich AG z.B. ZK-Tanner (FN 138), Art. 703 OR N 111 ff., die jedoch zu Unrecht davon ausgeht, dass Präsenzquoren nur auf gesetzlicher und statutarischer Grundlage vorkommen (N 114). Präsenzquoren können nämlich auch vertraglich vereinbart werden (z.B. bezüglich AG: Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015, 330, N 1005, und 739 f.).

220 Dazu im Allgemeinen: Forstmoser/Küchler (FN 219), 337, N 1045.

221 S. FN 100 und 128.

222 Gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 31 und 46; teilweise gl.M. BSK OR II-Neuhaus/Baur (FN 16), Art. 963 N 15 *in initio,* bezüglich Bestimmung der Zusammensetzung der «Exekutive».

223 Vgl. Markus Vischer/Dario Galli, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, 5 ff., 13, die in anderem Zusammenhang propagieren, dass pro einzelnes Traktandum geprüft werden müsse, ob eine GV im Rechtssinne vorliege.

224 Wohl im Ergebnis gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 36; s. zur Bedeutung des Hauptkontrollentscheids im Kartellrecht z.B. BSK KG-Reinert, Art. 4 N 119 und 249 ff., in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010 (zit. BSK KG-Verfasser).

«Budget»[225], «Geschäftsplan»[226], «Investitionen»[227] und/oder «marktspezifische Rechte»[228], beziehen muss, ist im Einzelfall zu prüfen. Bei jenen Unternehmen, bei denen bezüglich des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans das Prinzip der Selbstorganschaft gilt (z.B. KmAG)[229], spielt der Hauptkontrollentscheid naturgemäss keine Rolle. Bei diesen Unternehmen rücken die anderen Kontrollentscheide in den Fokus.

4. Fazit

In indirekten Beteiligungsstrukturen (insbesondere in Schachtel- bzw. Kettenverhältnissen) ist ausgehend vom meldepflichtigen Aktionär auf jeder Stufe (d.h. bei jedem Unternehmen) zu prüfen, ob eine Person im obersten Organ (Kapitel III.E.1.) eine Stimmrechtsmehrheit (Kapitel III.E.2.) bezüglich der Kontrollentscheide (Kapitel III.E.3.) besitzt (Variante 1) oder nicht (Variante 2). Bei Variante 2 ist zu prüfen, ob eine natürliche Person das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» oder das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss» erfüllt. Bei Variante 1 hängt das weitere Vorgehen davon ab, ob die Inhaberin der Stimmrechtsmehrheit eine natürliche Person (Variante 1a) oder eine juristische Person bzw. eine Rechtsgemeinschaft (Variante 1b) ist.

– Variante 1a: Der Kontrolltest ist beendet. Die festgestellte natürliche Person gilt jedoch nicht zwangsläufig als wirtschaftlich berechtigte Person, da das Vorliegen ihrer Kontrolle infolge Stimmrechtsmehrheit widerlegt werden kann (Kapitel III.C.). Nur wenn diese Kontrollvermutung nicht widerlegt wird, ist die festgestellte natürliche Person als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden.
– Variante 1b: Der gleiche Kontrolltest ist auf Stufe der ermittelten juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft nochmals bzw. solange durchzuführen, bis eine natürliche Person ermittelt werden kann, welche die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ besitzt (Variante 1a) oder bis auf der letzten Stufe keine solche Person festgestellt werden kann.

Beim Kontrolltest ist schliesslich jeweils – basierend auf einer Konzernübersicht – «von oben nach unten zu blicken» und nicht umkehrt. Folglich sind auch «Sprungbeteiligungen» zu berücksichtigen. Werden z.B. die Stimmrechte im obersten Organ der Tochtergesellschaft A zu 25% von der Muttergesellschaft B und zu 26% von der Grossmuttergesellschaft C besessen, sind beide Stimmanteile beim Kontrolltest zu berücksichtigen, sofern die Grossmuttergesellschaft C die absolute Mehrheit der Stimmrechte im obersten Organ der Muttergesellschaft B besitzt.

F. Bestellungs- und Abberufungsrecht (Prüfschritt 2)

Das zweite Kontrollkriterium, d.h. das Bestellungs- *und* Abberufungsrecht bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans[230], erfasst einerseits Konstellationen, in denen eine Person zwar die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ eines Unternehmens besitzt, die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans jedoch gemäss Weisung[231] eines Dritten bestellen und abberufen muss.[232] Andererseits erfasst das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» Konstellationen, in denen eine Person die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans direkt, d.h. «ohne Umweg via das oberste Organ», bestimmen kann (direktes Bestellungs- und Abberufungsrecht).[233] Es kann folglich sowohl eine Person, die keine mitgliedschaftliche Stellung innehat,[234] als auch eine Person mit mitgliedschaftlicher Stellung, die jedoch nicht das Kontrollkriterium nach Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR erfüllt, ein Bestellungs- und Abberufungsrecht rechtlicher (nicht aber faktischer) Natur bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans haben.[235]

Gemäss Wortlaut von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR ist das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht»

---

225 BSK KG-Reinert (FN 224), Art. 4 N 119 und 253 f.
226 BSK KG-Reinert (FN 224), Art. 4 N 119 und 255 f.
227 BSK KG-Reinert (FN 224), Art. 4 N 119 und 257 ff.
228 BSK KG-Reinert (FN 224), Art. 4 N 119 und 260 ff.
229 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 17 N 24 *in fine;* Reinhardt (FN 140), 85.

230 Z.B. bei der AG der Verwaltungsrat, bei der GmbH die Geschäftsführung und beim Verein der Vorstand; zum Begriff «oberstes Leitungs- oder Verwaltungsorgan» z.B. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 38 f.
231 S. FN 198; s.a. Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1281 *in fine,* denen zufolge ein Bestellungs- und Abberufungsrecht vertraglich eingeräumt werden kann.
232 S. Kapitel III.E.2.
233 Bezüglich Stiftung z.B. BK-Riemer (FN 159), Art. 83 ZGB N 12 *in initio;* bezüglich AGs i.S.v. Art. 762 OR z.B. CR CO II-Poltier (FN 12), Art. 963 N 1; BSK OR II-Wernli/Rizzi (FN 16), Art. 762 N 4.
234 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 37, die das Entsendungsrecht einer Bank erwähnen; s.a. Böckli (FN 96), N 1202.
235 Wohl gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 37.

erfüllt, wenn eine Person entweder ein Bestellungsrecht oder ein Abberufungsrecht bezüglich der Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans hat.[236] Der Wortlaut von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR ist in doppelter Hinsicht missglückt:

– Erstens muss sich das Bestellungs- und Abberufungsrecht nur dann auf die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans beziehen, wenn im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan das Kopfstimmprinzip gilt. Was unter der «Mehrheit» zu verstehen ist, lässt sich nicht allgemeingültig festlegen.[237] Eine Mehrheit liegt dann vor, wenn eine Person so viele Mitglieder bestellen und abberufen kann, sodass diese die notwendige Stimmrechtsmehrheit bezüglich eines oder mehrerer Kontrollentscheide im Sinne des Kartellrechts (Kapitel III.E.3.) besitzen. Gilt im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan kein Kopfstimmprinzip, ist es ausreichend, wenn sich das Bestellungs- und Abberufungsrecht auf so viele Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans erstreckt, sodass diese Mitglieder über die Stimmrechtsmehrheit im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan bezüglich eines oder mehrerer Kontrollentscheide im Sinne des Kartellrechts (Kapitel III.E.3.) verfügen.
– Zweitens lässt sich ein Unternehmen nicht kontrollieren, wenn man nur die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans bestellen kann, diese aber von einem Dritten abberufen werden können. Gleiches gilt, wenn man nur ein Abberufungsrecht bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans besitzt und folglich die personelle Zusammensetzung des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans nicht aktiv bestimmen, sondern lediglich reaktiv Einfluss auf die «Exekutive» nehmen kann. Folglich besteht bei einem isolierten Bestellungsrecht oder einem isolierten Abberufungsrecht keine unternehmensrechtliche Kontrolle, sondern lediglich eine unbeachtliche faktische Kontrolle. Es bedarf mit anderen Worten eines kombinierten Bestellungs- und Abberufungsrechts bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, damit ein Unternehmen rechtlich kontrolliert werden kann.[238]

Einem Bestellungs- und Abberufungsrecht gleichzusetzen ist die Konstellation, in der eine Person zwar nicht ein Bestellungs- und Abberufungsrecht besitzt, sondern selbst direkt qua Gesetz, Statuten oder Vertrag aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft (z.B. KmAG[239] oder einfache Gesellschaft[240]) Mitglied des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans ist und über die notwendige Stimmrechtsmehrheit bezüglich eines oder mehrerer Kontrollentscheide im Sinne des Kartellrechts (Kapitel III.E.3.) verfügt. Diese Konstellation wird jedoch vom Wortlaut von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR zu Unrecht nicht erfasst. Dieser zu enge Gesetzeswortlaut ist folglich teleologisch auf solche Konstellationen auszuweiten.[241] Sind aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft mehrere Personen Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, ist zu prüfen, ob eine dieser Personen einen oder mehrere Kontrollentscheide «definitiv» fällen kann. Dies ist z.B. dann nicht der Fall, wenn eine Person zwar einen Kontrollentscheid treffen kann, dieser aber durch eine andere Person rückgängig gemacht oder abgeändert werden kann.

G. Beherrschender Einfluss (Prüfschritt 3)

Eine Person, die weder die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ besitzt (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR) noch die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans bestellen und abberufen kann (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR), kann ein anderes Unternehmen (bzw. dessen «Exekutive») – ob mit oder ohne mitgliedschaftliche Stellung[242] – mittels eines beherrschenden Einflusses (v.a. eines Weisungsrechts) kontrollieren.[243] Das Recht, einen beherrschenden Einfluss auf die «Exekutive» bzw. die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans auszuüben, kann in den Statuten, in der Stiftungsurkunde, in einem

[236] S. zur Rechtslage im Kartellrecht z.B. KG Kommentar-Süslü (FN 97), Art. 4 N 87; BSK KG-Reinert (FN 224), Art. 4 N 249.

[237] A.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 40, und Glanzmann (FN 99), 38 *in fine,* denen zufolge dieses Kriterium auch erfüllt ist, wenn sich das Bestellungs- und Abberufungsrecht nur auf die Hälfte der Mitglieder erstreckt, jedoch einem bestellten Mitglied der Stichentscheid zusteht.

[238] A.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 40.

[239] Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 18), § 17 N 24 *in fine;* Reinhardt (FN 140), 85.

[240] ZK-Handschin/Vonzun (FN 56), Art. 534–535 OR N 3 und 5, zur dispositiven gesetzlichen Lage.

[241] Zur teleologischen Extension im Allgemeinen s. FN 57.

[242] veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 42 *in fine.*

[243] veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 42.

Vertrag oder in einem vergleichbaren Instrument verankert sein.[244]

Das Recht, einen beherrschenden Einfluss auf die kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans auszuüben, muss sich nicht auf jeden einzelnen Entscheid beziehen, den die «Exekutive» fällt. Es ist mit anderen Worten ausreichend, wenn sich dieses Recht auf einen oder mehrere Kontrollentscheide im Sinne des Kartellrechts (Kapitel III.E.3.) bezieht.[245] Nicht ausreichend sind Zustimmungs- und/oder Vetorechte.[246] Eine Person, die über das Recht verfügt, einen beherrschenden Einfluss auszuüben, gilt als faktisches Organ.[247] Dies belegt einmal mehr, dass es beim Art. 963 Abs. 2 OR zugrundeliegenden Kontrolltest darum geht festzustellen, wer die «Exekutive» eines Unternehmens kontrolliert.

H. Mehrere wirtschaftlich berechtigte Personen?

Nach einer weit verbreiteten Auffassung sind die Kontrollkriterien alternativ anwendbar. Es ist gemäss dieser Lehrmeinung folglich denkbar, dass verschiedene Personen eine Kontrolle ausüben. Zwar begründet jedes Kontrollkriterium die Pflicht des Mutterunternehmens, eine Konzernrechnung zu erstellen.[248] Allerdings ist der Lehre zufolge nur eine Person verpflichtet, dieses Tochterunternehmen in ihre Konzernrechnung einzubeziehen.[249]

Diese Lehrmeinung ist abzulehnen. Art. 963 Abs. 2 OR statuiert einen Kaskadenkontrolltest (Kapitel III.D.3.). Ergo kann nur eine Person existieren, die ein Unternehmen kontrolliert. Aus diesem Grund kann es auch nur eine natürliche Person geben, die den meldepflichtigen Aktionär kontrolliert und deshalb als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist.[250]

IV. Zusammenfassung

Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR beantwortet die Frage, welche natürliche Person der meldepflichtige Aktionär in indirekten Beteiligungsstrukturen (insbesondere in mehrstufigen indirekten Beteiligungsstrukturen, d.h. in Schachtel- und Kettenverhältnissen) als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden hat. Eine indirekte Beteiligungsstruktur i.S.v. Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR liegt vor, wenn der meldepflichtige Aktionär als juristische Person oder als Rechtsgemeinschaft gilt.

In indirekten Beteiligungsstrukturen wird die wirtschaftlich berechtigte Person aufgrund der Verweisung in Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR nach Art. 963 Abs. 2 OR analog festgestellt. Als wirtschaftlich berechtigte Person ist deshalb jene Person zu melden, die den meldepflichtigen Aktionär kontrolliert. Aus diesem Grund können die Vermögensträgerin[251] und die kontrollierende Person i.S.v. 963 Abs. 2 OR (bzw. die wirtschaftlich berechtigte Person) verschiedene Personen sein (z.B. bei einem vertraglichen Anlagefonds).[252] Es ist mit anderen Worten bei jeder natürlichen Person, die (direkt oder indirekt) am meldepflichtigen Aktionär (i.w.S.) beteiligt ist und/oder mit diesem in einer vertraglichen Beziehung steht, zu prüfen, ob diese Person eines der drei Kontrollkriterien erfüllt. Zu fragen ist also: «Wäre diese natürliche Person verpflichtet, eine Konzernrechnung zu erstellen, wenn sie eine rechnungslegungspflichtige juristische Person wäre, weil sie den meldepflichtigen Aktionär kontrolliert?»[253] Art. 963 Abs. 2 OR wird insofern analog angewandt, als die natürliche Person festgestellt werden soll, die den meldepflichtigen Aktionär kontrolliert. Art. 963 Abs. 2 OR wird folglich nur insofern analog angewandt, als der Zweck des Kontrolltests bei der direkten und analogen Anwendung ein anderer ist. Ansonsten unterscheidet sich der Kontrolltest bei der analogen Anwendung nicht von der direkten Anwendung.

Art. 963 Abs. 2 OR statuiert einen *formellen* Kontrolltest, womit festgestellt werden soll, ob und falls ja, wer

---

244 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 42, s.a. N 44 betreffend «vergleichbare Instrumente».

245 Wohl im Ergebnis gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 44 *in initio.* Ein anderes Verständnis zum Umfang eines Weisungsrechts hat die deutsche Lehre zum Beherrschungsvertrag i.S.v. § 308 AktG/DE, s. z.B. Volker Emmerich, § 308 AktG/DE N 36 ff., in: Volker Emmerich/Mathias Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. A., München 2019.

246 Gl.M. veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 42.

247 Zum faktischen Organ im Allgemeinen z.B. BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (FN 27), Art. 54/55 N 13.

248 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 28.

249 veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (FN 83), Art. 963 OR N 48 *in fine* m.w.H.; s. bezüglich des deutschen Rechts z.B. Hans Adler/Walther Düring/Kurt Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Teilband 3, 6. A., Stuttgart 1996, § 290 HGB/DE N 84.

250 A.M. Knobloch (FN 80), 361 f., der von mehreren natürlichen Personen spricht.

251 Zu diesem Begriff: Vischer/Galli (FN 7), 483.

252 S. zu dieser Problematik bezüglich Private Equity Fonds z.B. Alexander Wille/Lukas Held, Reporting of Beneficial Ownership in Unlisted Companies according to Article 697j CO – Some Open Points, CapLaw 2/2019, 27 ff., 29 und 31 f.

253 Gericke/Kuhn (FN 7), AJP 2019, 1280.

die «Exekutive» eines Unternehmens kontrolliert. Massgebend ist folglich bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person – wie schon unter dem alten Recht – die Kontrolle.[254] Dabei zählt Art. 963 Abs. 2 OR die Kontrollkriterien (Ziff. 1–3) abschliessend auf, mithilfe derer die wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen ist. Gemäss diesen Kontrollkriterien ist lediglich eine gültige und durchsetzbare unternehmensrechtliche Kontrolle relevant. Eine faktische Kontrolle spielt bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person keine Rolle. Eine schuldrechtliche Kontrolle ist nur bedeutsam, wenn diese mit einer gültigen und durchsetzbaren unternehmensrechtlichen Mitwirkungsmöglichkeit verbunden ist. Ein Kontrollkriterium gilt nur dann als erfüllt, wenn der dadurch vermittelten Kontrolle keine rechtlichen (nicht aber faktischen) Schranken entgegenstehen.

Es handelt sich bei Art. 963 Abs. 2 OR um einen Kaskadenkontrolltest, weil alle drei Kontrollkriterien in der Reihenfolge, wie sie Art. 963 Abs. 2 OR auflistet, anzuwenden sind, und zwar unabhängig davon, ob das vorangehende Kontrollkriterium erfüllt ist oder nicht. Zu prüfen ist folglich, ob eine Person die Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ besitzt (Prüfschritt 1), anschliessend ob eine andere Person ein Bestellungs- und Abberufungsrecht bezüglich der kontrollierenden Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans besitzt (Prüfschritt 2) und schliesslich ob wiederum eine andere Person einen beherrschenden Einfluss auf das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan ausüben kann (Prüfschritt 3). Erfüllt eine Person das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ», ist sie nur dann als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden, wenn ihre Kontrolle nicht dadurch widerlegt wird, dass eine andere Person eines der beiden anderen Kontrollkriterien erfüllt (Prüfschritt 2 und Prüfschritt 3). Gleiches gilt bezüglich des Prüfschritts 2. Eine Person, die das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» erfüllt, gilt mit anderen Worten nur dann als wirtschaftlich berechtigte Person, wenn keine andere Person das Kontrollkriterium «beherrschender Einfluss» (Prüfschritt 3) erfüllt. Demgegenüber stellt Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR keine Kontrollvermutung auf: Wer einen beherrschenden Einfluss i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR ausüben kann, kontrolliert rein begriffslogisch ein Unternehmen, sodass die Existenz seiner Kontrolle nicht wiederlegt werden kann. Existiert eine solche Person, ist diese stets als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden. Da Art. 963 Abs. 2 OR einen *Kaskadenkontrolltest* statuiert, kann nur eine Person existieren, die den meldepflichtigen Aktionär kontrolliert und deshalb als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist.

Dieser formelle Kaskadenkontrolltest ist zudem abstrakt und konkret und damit ein «hybrider Kontrolltest»: Er ist insofern *abstrakt,* weil es sich um einen *ex ante*-Kontrolltest handelt, der losgelöst von zukünftigen konkreten Verhältnissen (z.B. von konkreten Beschlussfassungen im jeweiligen obersten Organ) im Zeitpunkt, in dem der meldepflichtige Aktionär seiner GAFI-Meldepflicht nachkommt, durchgeführt wird. Der Kontrolltest ist jedoch insofern *konkret,* als im Einzelfall geprüft wird, ob eine gültige und durchsetzbare rechtliche Kontrolle besteht und ob ihr rechtliche Schranken entgegenstehen. Der Kontrolltest ist schliesslich *einmalig,* weil die GAFI-Meldepflicht einmalig ist.

Die wirtschaftlich berechtigte Person dürfte in der Regel (s. Kapitel III.D.3.) mithilfe des Kontrollkriteriums «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» festgestellt werden. Damit ähnelt der Kontrolltest dem von der Lehre[255] zur VSB 20[256] (bzw. bereits zur VSB 16[257]) verfolgten Ansatz[258] zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person.[259]

---

254 So bereits zu Art. 697j Abs. 1 OR (in der bis 31. Oktober 2019 gültigen Fassung): Vischer/Galli (FN 7), 486.

255 Zur *VSB 20:* Heim/Wettstein (FN 74), Art. 20 VSB 20 N 42; zur *VSB 16:* Kathrin Heim, VSB 2016, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 20 VSB 16 N 40.

256 Vereinbarung vom 13. Juni 2018 über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20).

257 Vereinbarung vom 1. Juni 2015 über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16).

258 Zu diesem Ansatz schon Vischer/Galli (FN 7), 487.

259 S.a. Facincani/Sutter (FN 7), 254, Anm. 55.