



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

Dr. iur. Florian S. Jörg



Übersicht

1. Anstelle einer Einleitung: GAFI und Global Forum
2. Umsetzung der GAFI Empfehlungen 2012
3. Unklarheiten des GAFI Gesetzes
4. Wirtschaftlich berechnete Person de lege lata: Auslegung
5. Lösungsübersicht
6. Praxisfälle
7. Entwurf zum Global Forum Gesetz



Anstelle einer Einleitung: GAFI und Global Forum

1. **Groupe d'Action Financière (GAFI)/Financial Action Task Force (FATF):** 1989 von den G7-Staaten gegründete, supranationale Task Force, bekämpft intransparente Strukturen aus Sicht der Geldwäscherei; Schweiz ist eines von 38 Mitgliedsländern; erlässt Empfehlungen und überwacht deren Einhaltung
2. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes:** hat eine steuerliche Optik; 2000 von der OECD zur Bekämpfung der von Steueroasen ausgehenden Risiken für die weltweite Einhaltung steuerlicher Vorschriften ins Leben gerufen und im Jahr 2009 umstrukturiert; im Januar 2018 147 Mitglieder. Primäres Ziel ist Schaffung eines „level playing field“ für zwischenstaatlichen Informationsaustausch in Steuersachen



Umsetzung der GAFI Empfehlungen 2012

- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
- Seit 1. Juli 2015 in Kraft
- Kern der Regelung zur wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 697j Abs. 1):
 - II. Meldung der an Aktien wirtschaftlich berechtigten Person
 - Art. 697j
 - 1 Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, muss der Gesellschaft innert Monatsfrist den Vor- und den Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person).



Unklarheiten des GAFI Gesetzes

1. Was sind Aktien (Partizipationsscheine, Genussscheine, Optionsrechte etc.)?
2. Wer ist meldepflichtig (Erwerber, Berechtigter bei indirektem Verkauf)?
3. Was muss gemeldet werden (Erwerb, Erbgang, Nutzungsrecht, Pfandrecht etc.)?
4. Wie greifen die Sanktionen genau?
5. Konsequenzen für den Verwaltungsrat?
6. Wer ist die wirtschaftlich berechnete Person?



Wirtschaftlich berechtigte Person de lege lata: Auslegung

1. Unbekannt im Gesellschaftsrecht
 2. GAFI: Geldwäschereibekämpfung
 3. VSB: Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Kontoverbindungen
 4. StGB 305ter: Geldwäschereibekämpfung
 5. GwG, z.B. GwG 4: Geldwäschereibekämpfung
 6. BEHV-FINMA 9: Offenlegung von Beteiligungen
 7. Uneinheitliche Begriffe (z.B. Kontrollinhaber, Kontrolle/Beherrschung/
massgeblicher Einfluss)
 8. Uneinheitliche Schwellenwerte (z.B. 5% in Spielbankenverordnung 4.I; 33.33%
in FinfraG 135.I)
- ⇒ Begriff der Geldwäschereibekämpfung
- ⇒ Vermögensvorteil oder Kontrolle/Kontrollmöglichkeit?



Auslegung (2)

Grammatikalisch:

- «Wirtschaftlich berechtigt»: Berechtigung nötig, Einschränkung: wirtschaftlich; Kontrolle oder gar Kontrollmöglichkeit scheint nicht vorausgesetzt
- «Person, für die der Erwerber letztendlich handelt“: nur auf den ersten Blick Stellvertretungsverhältnis: Sowohl bei direkter als auch bei indirekter Stellvertretung treten die Vertragswirkungen beim Vertretenen ein, so dass Stellvertreter nie Erwerber sein kann.
- Zivilrechtlich Erwerber: der treuhänderisch handelnde Käufer



Auslegung (3)

Historisch:

- GAFI und Botschaft: gehen davon aus, dass es sich bei wirtschaftlich berechtigter Person um diejenige am Ende der Kontrollkette handelt
- Ursprünglich vorgesehener Verweis wurde gestrichen
- Explizite Streichung des Verweises könnte darauf hindeuten, dass keine Analogie zum GwG beabsichtigt war; gewählte Formulierungen deuten aber auf Verwendung des Begriffs wie in Geldwäschereigesetzgebung hin



Auslegung (4)

Systematisch:

- Systematisch sowieso am falschen Ort: nicht einzusehen, wieso sie bei den Informationsrechten angesiedelt wurde
- Erwerber muss Meldung vornehmen: faktisch eine Informationspflicht des Aktionärs
- Durchbrechung des jahrzehntealten Dogmas, dass Aktionäre nur zur Liberierung der von ihnen gezeichneten Aktien verpflichtet sind
- Für Frage der Auslegung des Begriffs der wirtschaftlich berechtigten Person lässt sich hingegen nichts aus der Systematik ableiten



Auslegung (5)

Teleologische Auslegung

1. GAFI

a) Definition:

“Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately (Reference to “ultimately owns or controls” and “ultimate effective control” refer to situations in which ownership/control is exercised through a chain of ownership or by means of control other than direct control) owns or controls a customer (this definition should also apply to beneficial owner of a beneficiary under a life or other investment linked insurance policy) and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.” (GAFI Empfehlungen 2012, Glossar)



Auslegung (6)

1. GAFI (2)

b) Zweck der GAFI Empfehlungen 2012:

- Nationalstaaten müssen verhindern, dass Gesellschaften zur Geldwäscherei oder zur Terrorismusfinanzierung missbraucht werden
- Identifikation von natürlichen Personen, welche letztlich eine kontrollierende Beteiligung halten; gem. GAFI ein Eigentumsanteil von 25%
- Fazit: GAFI Empfehlungen 2012 wollen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verhindern und stellen dazu auf die Kontrollmöglichkeit ab; eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, beispielsweise aus der Steueroptik, ist nicht vorgesehen.



Auslegung (7)

2. Geldwäschereigesetzgebung

- Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG i.V.m. Art. 4 GwG verpflichtet die Finanzintermediäre, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die an ihren Vertragspartnern wirtschaftlich berechnigte Person festzustellen.
- Art. 2a Abs. 3 GwG enthält eine Legaldefinition:
„Als wirtschaftlich berechnigte Person einer operativ tätigen juristischen Person gelten die natürlichen Personen, welche die juristische Person letztendlich dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren. Können diese nicht festgestellt werden, so ist die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen.“



Auslegung (8)

2. Geldwäschereigesetzgebung (2)

- Auch Art. 2 lit. f GwV-FINMA verwendet sehr ähnliche, aber nicht ganz gleiche Formulierung für Definition des Kontrollinhabers: Zusätzlich grammatikalisch als kumulativ zu verstehende Bedingung, dass die Personen als wirtschaftlich Berechtigte gelten; lässt sich niemand so bestimmen, wird ersatzweise die geschäftsführende Person als wirtschaftlich Berechtigte angesehen. Ist umstritten, wird nicht viel gewonnen; hätte bei GwG-Definition bleiben sollen
- Fazit: Geldwäschereigesetzgebung stellt auf Kontrolle ab; wirtschaftliche Berechtigung ist irrelevant; Ertragsfluss ist bedeutungslos



Auslegung (9)

3. Eigene Stellungnahme

- Keine Bedeutung im Gesellschaftsrecht
- Einführung der Meldepflichten, weil Umsetzungsverpflichtung; Ursprung sind GAFI Empfehlungen: GAFI Empfehlungen 2012 und GwG-Gesetzgebung heranzuziehen, obwohl nicht völkerrechtlich verbindlich, solange kein Widerspruch zum inländischen Recht; effektive Kontrolle massgebend
- Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung, nicht nur Eigentum
- Massgeblich nicht so sehr die monetäre Betrachtungsweise, wie sie das Steuerrecht anwendet, sondern Frage nach der letztendlichen Kontrolle, ev. Kontrollmöglichkeit
 - => Begriff in Einklang mit den GAFI Empfehlungen und der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung interpretieren
 - => Begriff restriktiv auslegen



Lösungsübersicht

Schritte zur Bestimmung der wirtschaftlich berechtigten Person:

1. Ein- oder mehrstufige Struktur?

- Einstufige Struktur: nur bei Spezialfällen ein Problem
- Mehrstufige Struktur: linear kein Problem, bei Verästelungen:
 - De minimis Regel: natürliche Person mit 25% pro Stufe
 - Andere Kontrollschwellen (z.B. VSB 16: 50%)
 - Multiplikationsmethode (vorzuziehen):
 - » Nicht alle Berechtigten eines 25%-Erwerbers
 - » Beteiligung unter 25% bricht Kette
 - » Kotierung befreit von Meldepflicht
 - » Bucheffekten auf einer Ebene?



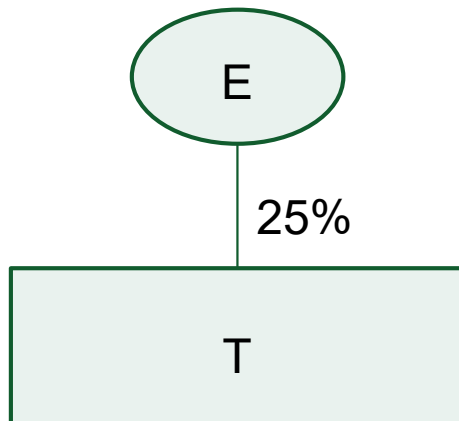
Lösungsübersicht (2)

Schritte zur Bestimmung der wirtschaftlich berechtigten Person (2):

2. Kontrolltest: andere Art der Kontrolle?
3. Default-Lösung: Oberstes Mitglied des leitenden Organs des Targets oder des Erwerbers oder der obersten Gesellschaft? Umstritten



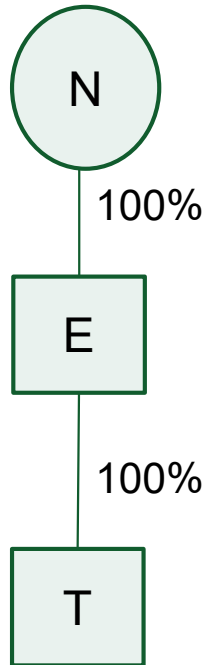
Praxisfälle: Direkte 25% Beteiligung



Erwerber E des Targets T ist eine natürliche Person und handelt für sich selber; E muss deshalb sich selber als Erwerber melden.



Praxisfälle (2): Lineare mehrstufige Struktur

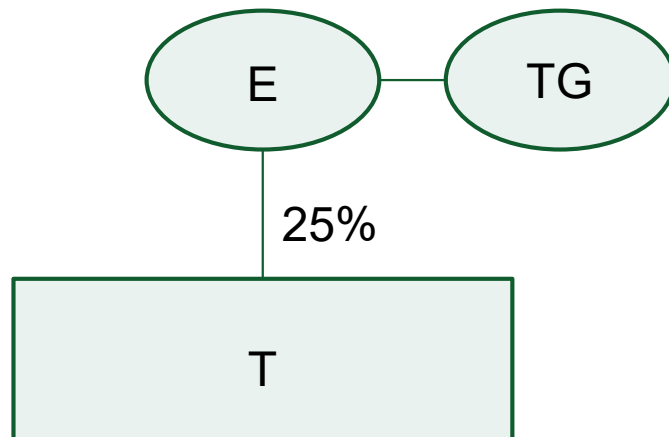


N ist eine natürliche Person, welche 100% der Aktien der Erwerberin E hält.

Dies ist eine lineare mehrstufige Struktur; E muss N melden.



Praxisfälle (3): Fiduziarisches Verhältnis

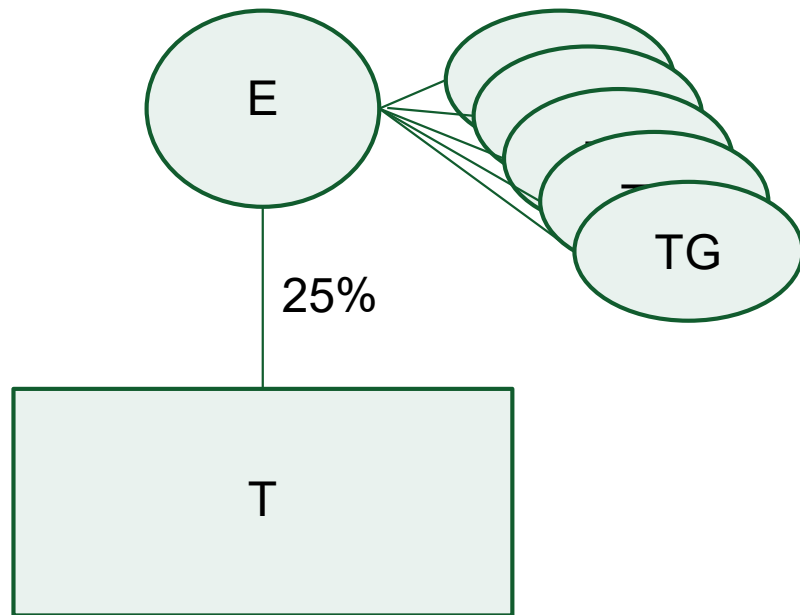


Standardsituation: Erwerber E handelt für den Treugeber TG;
E muss TG melden

Falls Spezialabmachungen mit Auseinanderfallen von Stimm-
und Dividendenrecht (E hat als Treunehmer Stimmrecht, TG
dagegen Dividendenrecht): 25% Stimm- und/oder
Kapitalrechte? sicherheitshalber beide melden



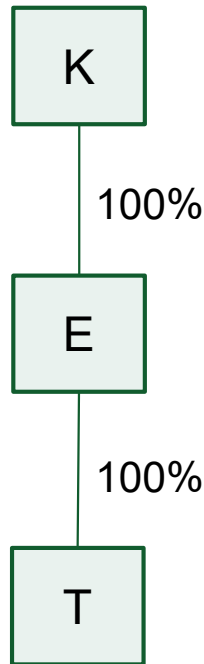
Praxisbeispiel (4): Fiduziarisches Verhältnis



Im Fall einer Sammeltreuhand sind Treugeber in Analogie zu Aktionären nur zu melden, wenn sie allein oder in Absprache den Grenzwert von 25% überschreiten



Praxisfälle (5): Stiftungen, Kommanditgesellschaften etc.



E ist der Erwerber und wird von K gehalten.

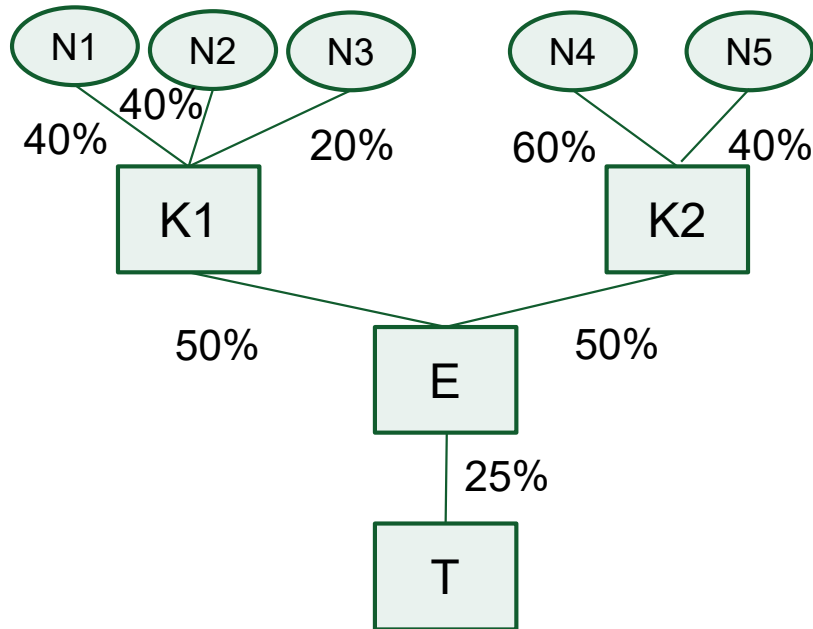
K ist eine Stiftung: Keine wirtschaftlich berechtigten Personen: Default-Lösung: Präsident des Stiftungsrates (umstritten)

K ist eine Personengesellschaft: Meist gleichberechtigte Partner; bei mehr als fünf natürlichen Personen ohne Spezialregelung: vermutlich Geschäftsführer; denkbar auch alle Gesellschafter, da sie in Absprache (Gesellschaftervertrag) handeln (umstritten)

K ist eine Genossenschaft: Wohl Präsident des Leitungsorgans, ausser Kontrollsituation (umstritten)



Praxisfälle (6): Konzernverhältnisse



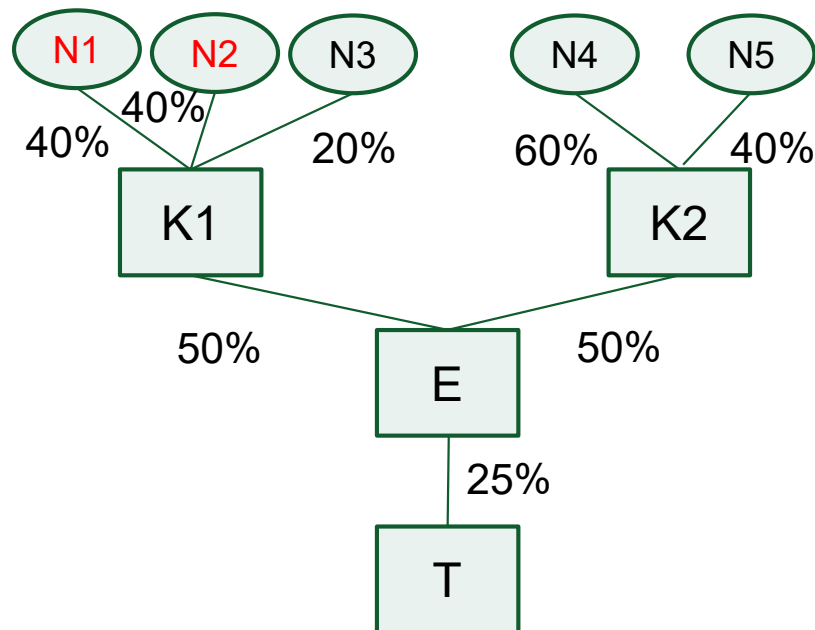
Wortlaut: E muss N1 bis N5 melden

De minimis Test: E muss N1, N2, N4 und N5 melden

Multiplikationstest: E muss nur N4 melden



Praxisfälle (7): Aktionärbindungsvertrag



N1 und N2 sind durch Aktionärbindungsvertrag verbunden:

Wortlaut: E muss N1 bis N5 melden

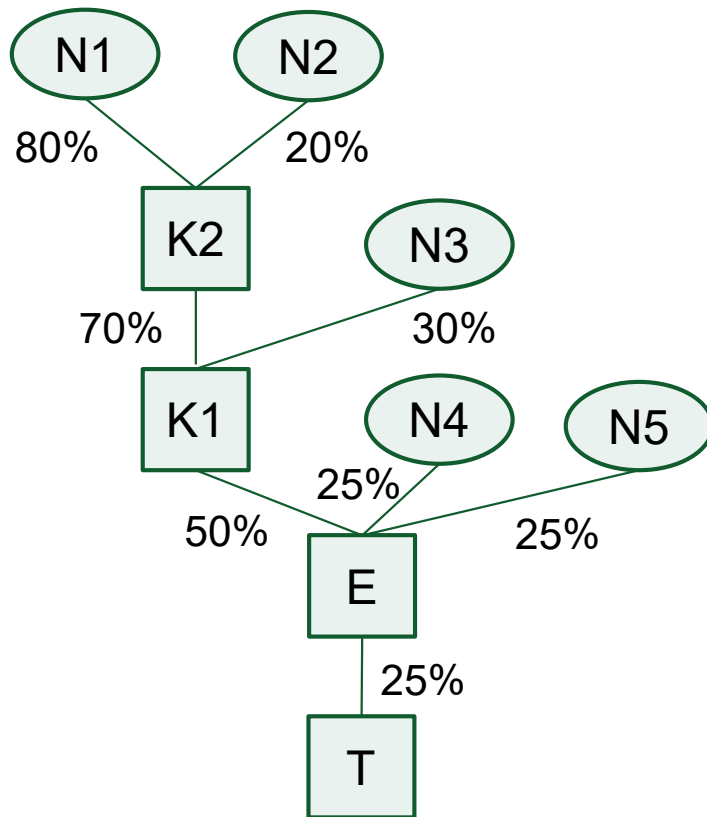
De minimis Test: E muss N1, N2, N4 und N5 melden

Multiplikationstest: E muss nur N4 melden

Kontrolltest: zusätzlich N1 und N2



Praxisfälle (8): Gemischte Strukturen



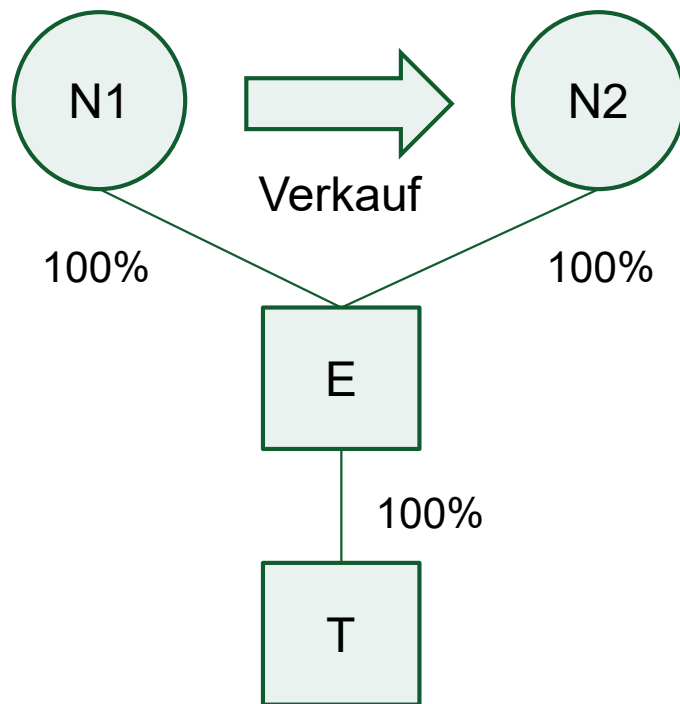
Wortlaut: E muss N1 bis N5 melden

De minimis Test: E muss N1, N3, N4 und N5 melden

Multiplikationstest: E muss N1, N4 und N5 melden



Praxisfälle (9): Indirekter Erwerb



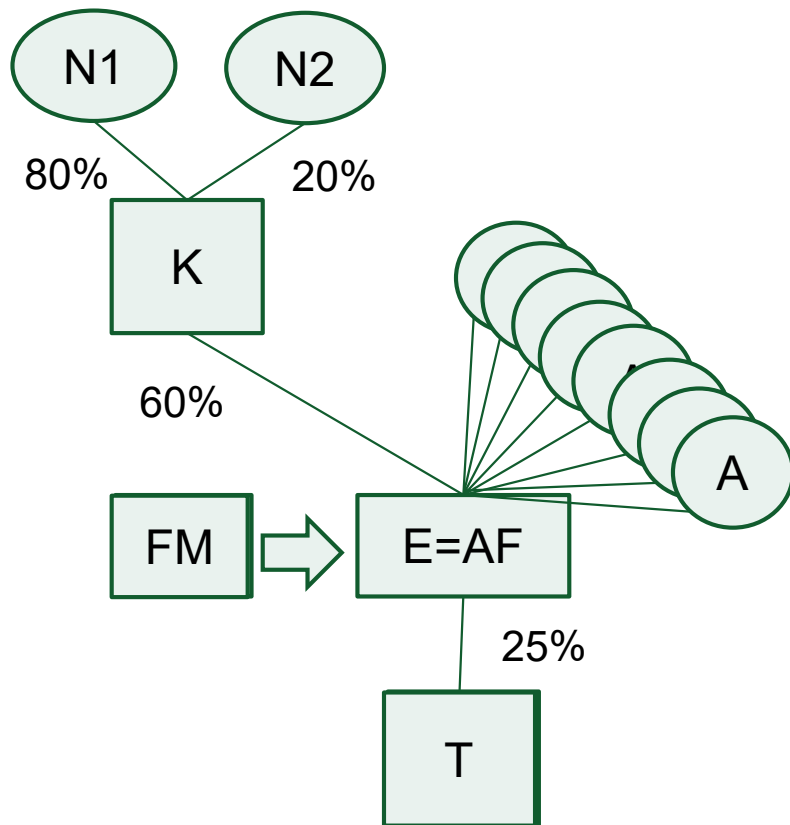
N1 verkauf an N2:

Wortlaut: Kein Erwerb durch E

E muss aber trotzdem N2 melden (Änderung)



Praxisfälle (10): Anlagefonds



Erwerber E ist ein Anlagefonds mit den Anlegern A; K ist eine Aktiengesellschaft und ebenfalls Anlegerin:

Anleger haben in der Regel keine Kontrollmöglichkeit; sind wie natürliche Personen als Aktionäre zu behandeln: ohne Erreichen der Quote von 25% sind sie nicht zu melden

Der Fondsmanager FM trifft zwar Anlageentscheidungen, übt aber aus Geldwäschereisicht keine faktische Kontrolle über den Fonds aus

E muss nur N1 melden



Praxisfälle (11): Ausnahmen

- Bucheffekten können auch durch Hinterlegung der Titel bei einer Depotbank entstehen, ohne dass dies der Depotbank bewusst ist. Ist Sammelverwahrung und die Bezeichnung der schweizerischen Verwahrungsstelle durch Gesellschaft selber Voraussetzung für das Greifen der Ausnahme?
Ja, Gesellschaft hat die Informationen nicht und kann sie auch nicht sofort beschaffen
- Kotierung einer Gesellschaft in einer Kette führt zur Anwendung der Ausnahme



Global Forum Gesetz

- Global Forum erarbeitet Standards und führt Länderexamina durch
- Im Rahmen der Prüfungen in Phase 2 erhielt Schweiz Note «partially compliant» aufgrund als mangelhaft empfundener Transparenz bei Inhaberaktien
- Ziel: „fully compliant“. Entwurf Bundesrat erfüllt Vorgaben des Global Forums, ist mit Rechtsstaat, der Privateigentum schützen soll, nicht vereinbar.
- Highlights (ohne Details):
 - Abschaffung der Inhaberaktien falls nicht kotiert und keine Bucheffekten (E-OR 622)
 - Umwandlungszwang und automat. Umwandlung in Namenaktien bei Dekotierung (E-OR 622.2^{bis})
 - Unrechtmässige Führung des Aktienbuches oder des Verzeichnisses der wirt. Berechtigten führt zu Organisationsmangel (E-OR 731b.I.4)
 - Aktionäre, die sich nicht innerhalb von 18 Monaten identifizieren, verlieren ihre Rechtsansprüche: Aktien werden nichtig und Einlagen fallen an Gesellschaft (E-Übergangsbestimmungen 3.III)



Global Forum Gesetz (2)

- Highlights (2)
 - HRA soll nicht erfolgte Änderungen nach zwei Jahren von Amtes wegen vornehmen (Übergangsbestimmungen 4.III)
 - Busse für Unterlassung der Meldung (E-StGB 327.a)
 - Busse für Unterlassung der Meldung des Namens oder der Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person
 - Busse für Verstösse gegen die Verzeichnisführungspflicht (E-StGB 327a)
 - Nationalrat gegen «Enteignung», Geschäft geht an Ständerat
 - Auswirkung auf die Frage der wirtschaftlich berechtigten Person:
 - OR 697i und 697k werden aufgehoben, OR 697j dagegen bleibt (andere Randziffer)
 - Kommt im neuen E-OR 697l etwa im gleichen Umfang vor wie im alten
- => Keine materielle Änderung



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Fragen jetzt?

Bei späteren Fragen:

florian.joerg@bratschi.ch / +41 58 258 1000

IRP-HSG
Bodanstrasse 4
9000 St.Gallen
Schweiz
+41 71 224 2424
irp@unisg.ch
www.irp.unisg.ch

