

sui generis

ICHE G

Wirtschaftliche Berechtigung
Konzepte und Dogmatik

Alex Attinger

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Alex Attinger

Wirtschaftliche Berechtigung

Konzepte und Dogmatik

sui generis, Zürich 2023

*Für Marianne
und meine Familie*

Vorwort

Am Anfang stand die banale Frage: Was ist wirtschaftliche Berechtigung? Ein paar Jahre, unzählige Tassen Kaffee, eine globale Pandemie, ein längerer unfreiwilliger Unterbruch sowie einige Kämpfe mit und (Pyrrhus-)Siege über das Textverarbeitungsprogramm später liegt nun eine Antwort in Form dieser Dissertation vor. Diese wurde Ende November 2022 eingereicht und am 23. März 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden im Hinblick auf die Publikation noch bis Anfang April 2023 berücksichtigt. Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (Gesetz über die Transparenz juristischer Personen; TJPG) konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Auch wenn (oder vielleicht gerade weil) ein rechtswissenschaftliches Doktorat weitgehend eine Einzelkämpferübung ist, braucht man als Doktorand ein inspirierendes, unterstützendes und (zur richtigen Zeit) ablenkendes Umfeld. Deshalb ist es mir ein Anliegen einigen Menschen zu danken, die mich begleitet haben.

Zunächst möchte ich Prof. Dr. Peter V. Kunz danken für die Betreuung meines Dissertationsprojekts als Doktorvater, für sein ausserordentliches Engagement als Chef und für die lehrreiche Assistenzzeit an seinem Lehrstuhl. Prof. Dr. Thomas Jutzi danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Diese Arbeit ist (grösstenteils) in einem Keller entstanden, nämlich in der Juristischen Forschungsbibliothek. Mit Tageslicht, Ruhe und zwei anderen «Kellerkindern», RA Dr. Thomas Nagel und RA Dr. Kiril Haslebacher, denen ich für Rat, Tat und ihren Humor herzlichst danke, war die JFB ein angenehmes Skriptorium. Nur die selbstgewählte Armut und das stete Gebet, man möge nicht von einem anderen Doktoranden überholt werden, gemahnten da noch ans Dasein des Schreibmönchs. Und im Gegensatz zu diesem blieb mir das stumpfsinnige Duplizieren existierender Texte erspart – unter Androhung des Titelentzugs bei Widerhandlung.

Ein paar Stockwerke höher sind oder waren all diejenigen beheimatet, deren Hilfsbereitschaft ich für die Korrekturlesung und die kritische Durchsicht des Manuskripts missbraucht habe (immerhin mit Gegenrechtsgewährung). Nebst den bereits genannten «Kellerkindern» sind dies RA Matthias Hofer, Advokat Quirin Meier, RA Yusuf Sume, MLaw Miro Witzig und RA Nadine Zbinden. Ihnen allen danke ich herzlich für den Korrektureinsatz, inspirierende Pausengespräche und scharfsinnige Hinweise.

Und dann gibt es noch ein Leben ausserhalb der geheiligten Hallen der Universität. Ausserordentliche Dankbarkeit, der ich mit Worten nicht gerecht zu werden vermag, gebührt meiner Familie und meiner Partnerin. Ich danke meinen Eltern Esther Bachmann Attinger und Robert Attinger, meinem Bruder Jan Attinger und meiner Partnerin Marianne Hachen für ihre bedingungslose Unterstützung zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht. Ihnen ist diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Bern, im Juni 2023

Alex Attinger

Executive Summary

Wirtschaftliche Berechtigung ist ein wichtiger regulatorischer Anknüpfungspunkt, in allen Rechtsgebieten zu finden und zeigt eine grosse rechtspolitische Dynamik. Ungeachtet dessen sind grundlegende Fragen ungeklärt; insb., ob es *ein* Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt und was wirtschaftliche Berechtigung in rechtsdogmatischer Hinsicht ist.

Um dies zu klären, werden in dieser Untersuchung die wichtigsten Konzepte wirtschaftlicher Berechtigung analysiert. Sie werden auf inhaltliche, funktionale und strukturelle Gemeinsamkeiten und Differenzen hin untersucht, um eine Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung herauszuschälen.

Es zeigt sich, dass es kein einheitliches Konzept wirtschaftlicher Berechtigung gibt; dafür sind die inhaltlichen Unterschiede zu gross. Die vorhandenen strukturellen und funktionalen Gemeinsamkeiten verdichten sich jedoch induktiv zu einer funktionalen Einheit, einem Grundkonzept wirtschaftlicher Berechtigung. Als Grundstruktur mehrerer normativer Phänomene, für die es gemeinsame Regeln gibt, qualifiziert es als Rechtsfigur. Diese besteht strukturell aus drei Elementen: Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation. Trotz grosser inhaltlicher Unterschiede lassen sich Subjekt und Objekt je mit klaren Begriffen bestimmen (bspw. natürliche Person und Vermögenswert). Die Subjekt-Objekt-Relation, die immer Kontrolle in wirtschaftlicher Betrachtung voraussetzt, ist die zentrale Funktionsträgerin und weist eine normative Unschärfe auf, die Konkretisierung mittels Fallgruppenbildung verlangt. Die Figur weist eine Transparenz-, Zuordnungs- und Umgehungsverhinderungsfunktion auf. Die Zuordnungsfunktion ergibt sich aus der rein erfassenden, d.h. nicht regulierenden Zuordnung von Objekten zu Subjekten (oder umgekehrt) basierend auf dem Zuordnungsargument der Subjekt-Objekt-Relation, also einer bestimmten Art und Intensität von Kontrolle. Sie reduziert die zu erfassenden Kontrollsverhältnisse ungeachtet ihrer Komplexität auf den binären Schematismus «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein», ist aber weder Grund noch Regulativ für die Relation.

Es gibt betreffend wirtschaftliche Berechtigung also keine begriffliche oder inhaltliche Einheitlichkeit, aber strukturelle und funktionale Gemeinsamkeiten, die als Grundkonzept zu einer Rechtsfigur gerinnen.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Executive Summary	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Materialien, Regularien und Berichte	LIX

§1 Einleitung	1
---------------------	---

Teil I: Vertikalbetrachtung	11
--	-----------

§2 Vorbemerkungen zu Teil I	12
-----------------------------------	----

§3 Historische Entwicklung	13
----------------------------------	----

§4 Verrechnungssteuergesetz (Art. 21 VStG)	30
--	----

§5 Strafgesetzbuch (Art. 305 ^{ter} StGB)	54
---	----

§6 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Art. 265 f. SchKG)	76
---	----

§7 Finanzmarktinfrastukturgesetz (Art. 120 FinfraG)	90
---	----

§8 Geldwäschereigesetz (Art. 4 GwG)	114
---	-----

§9 Obligationenrecht (Art. 697j OR)	136
---	-----

§10 Schlussbemerkungen zu Teil I	165
--	-----

Teil II: Horizontalbetrachtung	167
---	------------

§11 Vorbemerkungen zu Teil II	168
-------------------------------------	-----

§12 Einheitliches Konzept?	169
----------------------------------	-----

§13 Erscheinungsformen der Strukturelemente	190
---	-----

§14 Hierarchische Konzeptklassifikation	205
---	-----

§15 Schlussbemerkungen zu Teil II	215
---	-----

Teil III: Dogmatische Betrachtung	219
§16 Vorbemerkungen zu Teil III	220
§17 Ausdifferenzierung des Grundkonzepts	222
§18 Operationalisierung des Grundkonzepts	290
§19 Schlussbemerkungen zu Teil III	309
<hr/>	
Teil IV: Schlussbemerkungen	313
§20 Erkenntnisse	314
§21 Ausblick	319
<hr/>	
Stichwortverzeichnis	323

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Executive Summary	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Materialien, Regularien und Berichte	LIX

§1 Einleitung	1
I. Hintergrund und Relevanz	1
II. Problemstellung und Ziel	4
III. Terminologie	6
IV. Arbeitsdefinition	7
V. Gang der Untersuchung und Methode	8

Teil I: Vertikalbetrachtung	11
--	-----------

§2 Vorbemerkungen zu Teil I	12
--	-----------

§3 Historische Entwicklung	13
I. Erstes Auftauchen	13
A. Verrechnungssteuergesetz	14
B. VSB	15
C. Bankengesetz	17
D. MoU Insider Trading und Konvention XVI	18
E. Strafgesetzbuch	20
F. Zusammenfassung	21
II. Weitere Entwicklung	21
III. Verwandtschaften?	22
A. Ahnentafel des ersten Anwendungsfalls	23
B. Stammbaum der weiteren Anwendungsfälle?	23
1. Verrechnungssteuergesetz	23
2. Schuldbetriebs- und Konkursgesetz	25
3. Börsengesetz	25
4. Geldwäschereigesetz	26
5. Obligationenrecht	26
6. Zusammenfassung	28
IV. Schlussbemerkungen	28

§4 Verrechnungssteuergesetz (Art. 21 VStG)	30
I. Entstehung	31
II. Zweck und Funktion	31
III. Subjekt	32
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	33
B. Lehre	34
C. Stellungnahme	36
IV. Objekt	36
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	37
B. Lehre	37
C. Stellungnahme	38
V. Subjekt-Objekt-Relation	39
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	39
B. Lehre	40
C. Stellungnahme	42
VI. Abgrenzungen	43
A. Zum Steuerumgebungsvorbehalt	43
B. Zur wirtschaftlichen Verfügungsmacht	45
VII. Zusammenfassung	47
VIII. Exkurs: Beneficial Ownership im internationalen Steuerrecht	47
A. Konzept im internationalen Steuerrecht	49
B. Konzept im internationalen Steuerrecht der Schweiz	50
C. Verhältnis zum Recht zur Nutzung	52

§5 Strafgesetzbuch (Art. 305^{ter} StGB)	54
I. Entstehung	57
II. Zweck und Funktion	58
III. Subjekt	59
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	60
B. Lehre	60
C. Stellungnahme	63
IV. Objekt	64
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	65
B. Lehre	65
C. Stellungnahme	66
V. Subjekt-Objekt-Relation	66
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	67
B. Lehre	67
C. Stellungnahme	70

VI. Zusammenfassung	72
VII. Exkurs: Die Verfügungsmacht i.S.v. Art. 72 StGB	74
<hr/>	
§6 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Art. 265 f. SchKG)	76
I. Entstehung	76
II. Zweck und Funktion	77
A. Allgemein	77
B. Rechtsmissbrauchsvorbehalt?	78
1. Auslegung	78
2. Lehre und Rechtsprechung	80
3. Stellungnahme	80
III. Subjekt	81
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	81
B. Lehre	82
C. Stellungnahme	82
IV. Objekt	82
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	83
B. Lehre	83
C. Stellungnahme	85
V. Subjekt-Objekt-Relation	85
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	85
B. Lehre	86
C. Stellungnahme	87
VI. Zusammenfassung	89
<hr/>	
§7 Finanzmarktinfrastukturgesetz (Art. 120 FinfraG)	90
I. Entstehung	93
II. Zweck und Funktion	94
III. Subjekt	96
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	97
B. Lehre	97
C. Stellungnahme	99
IV. Objekt	100
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	102
B. Lehre	102
C. Stellungnahme	104
V. Subjekt-Objekt-Relation	106
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	106
B. Lehre	107
C. Stellungnahme	111
VI. Zusammenfassung	113

§8 Geldwäschereigesetz (Art. 4 GwG)	114
I. Entstehung	115
II. Zweck und Funktion	116
III. Subjekt	117
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	118
B. Lehre	119
C. Stellungnahme	121
IV. Objekt	122
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	122
B. Lehre	122
C. Stellungnahme	122
V. Subjekt-Objekt-Relation	123
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	123
B. Lehre	123
C. Stellungnahme	126
VI. Zusammenfassung	126
VII. Exkurs: Der Kontrollinhaber und der wirtschaftlich Berechtigte beim Handelsgeschäft	127
A. Der Kontrollinhaber (Art. 2a Abs. 3 GwG)	127
B. Der wirtschaftlich Berechtigte beim Handelsgeschäft (Art. 8a Abs. 1 lit. b GwG)	131
C. Verhältnis zum wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 4 GwG	135
<hr/>	
§9 Obligationenrecht (Art. 697j OR)	136
I. Entstehung	139
II. Zweck und Funktion	142
III. Subjekt	145
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	145
B. Lehre	146
C. Stellungnahme	146
IV. Objekt	146
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	148
B. Lehre	148
C. Stellungnahme	150
V. Subjekt-Objekt-Relation	152
A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	154
B. Lehre	154
1. Subjekt-Objekt-Relation gemäss Art. 697j Abs. 1 OR	154
2. Subjekt-Objekt-Relation gemäss Art. 697j Abs. 2 OR	156
C. Stellungnahme	160
VI. Zusammenfassung	162

§10 Schlussbemerkungen zu Teil I 165

Teil II: Horizontalbetrachtung 167

§11 Vorbemerkungen zu Teil II 168

§12 Einheitliches Konzept? 169

I. Gemeinsamkeiten und Differenzen 169

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung 169

B. Lehre 170

C. Stellungnahme 174

D. Weitere Aspekte 176

1. Zweck und Funktion 176

2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise 178

3. Rechtsgebiet 179

4. Stellung und Funktion im Normkontext 180

5. Rechtsposition des wirtschaftlich Berechtigten 181

E. Ergebnis 183

II. Rückblende auf die Arbeitsdefinition 184

A. Die Arbeitsdefinition und ihre Elemente 185

B. Die Arbeitsdefinition und die analysierten

Anwendungsfälle 185

1. Strukturierung 185

1.1. Pro 186

1.1.1. *Klarer Blick auf die Konzepte* 186

1.1.2. *Wirksamkeitskontrolle* 187

1.1.3. *Vergleichbarkeit der Konzepte* 187

1.1.4. *Abgrenzungen* 187

1.2. Contra 187

2. Interdependenzen 188

C. Ergebnis 189

III. Schlussbemerkungen 189

§13 Erscheinungsformen der Strukturelemente 190

I. Subjekt 190

A. Rechtssubjekt 190

B. Natürliche Person 191

C. Relationsfähige Entität? 191

D. Personenmehrheiten 192

II. Objekt 193

A. Vermögenswert	193
B. Rechtssubjekt	193
C. Weitere	195
1. Aktien und Beteiligungsderivate sowie Bargeld und Kaufgegenstand	195
2. Rechtsobjekt?	196
III. Subjekt-Objekt-Relation	196
A. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	197
B. Definitionselemente	197
1. Objektive Elemente	197
1.1. Kontrolle	198
1.1.1. <i>Letztverbindliche Kontrolle</i>	198
1.1.2. <i>Rechtlich abgesicherte Kontrolle</i>	199
1.1.3. <i>Faktische Kontrolle</i>	200
1.1.4. <i>Gesellschaftsrechtliche Kontrolle</i>	201
1.1.5. <i>Kontrollmöglichkeit</i>	201
1.2. Wirtschaftliche Verbindung	201
1.2.1. <i>Risikotragung</i>	202
1.2.2. <i>Vermögensrelevanz</i>	202
2. Subjektive Elemente	202
2.1. Voluntatives Element	202
2.2. Kognitives Element	203
IV. Schlussbemerkungen	203
<hr/>	
§14 Hierarchische Konzeptklassifikation	205
I. Mikroebene: Die Unterschiede im Konkreten – differierende normative Gehalte	205
II. Makroebene: Die Gemeinsamkeiten im Abstrakten – übereinstimmende Struktur und Funktionen	206
A. Die Gemeinsamkeiten	206
B. ... und ihre Konnexität	207
III. Das Verhältnis zwischen Mikro- und Makroebene	207
A. Induktion, Abstraktion und Hierarchie	208
B. Intensionaler und extensionaler Gehalt	208
C. Klassifikation	210
1. Makroebene: Grundkonzept	210
2. Mikroebene: (untergeordnete) Konzepte	211
3. Instantiierungen	211
D. Notwendigkeit begrifflicher Differenzierungen	212
IV. Schlussbemerkungen	213
<hr/>	
§15 Schlussbemerkungen zu Teil II	215

Teil III: Dogmatische Betrachtung	219
§16 Vorbemerkungen zu Teil III	220
§17 Ausdifferenzierung des Grundkonzepts	222
I. Das Grundkonzept als Ergebnis eines Induktionsschlusses	223
A. Belastbarkeit des Ergebnisses	223
1. Induktionsproblem	223
2. Absicherung	224
2.1. Induktionsrechtfertigende Prämissen	224
2.2. Deduktive Absicherung	225
2.3. Variative Induktion	225
3. Ergebnis	226
B. Erkenntniswert für die untergeordneten Konzepte	226
II. Die Elemente des Grundkonzepts	227
A. Zweck	227
1. Teleologischer Gehalt	227
2. Gesteigerte Zweckrelevanz	228
B. Funktionen	230
1. Normkontextbezogene Funktionen	230
2. Normkontextunabhängige Funktionen	230
2.1. Transparenzfunktion	230
2.2. Zuordnungsfunktion	231
2.2.1. <i>Nonpräskriptive Natur</i>	231
2.2.2. <i>Funktionsweise</i>	232
a) <i>Funktion auf Ebene der Subjekt-Objekt-</i> <i>Relation: Zuordnung</i>	232
b) <i>Funktion auf Ebene des Grundkonzepts:</i> <i>Komplexitätsreduktion</i>	232
2.2.3. <i>Kontrollsachverhalt als Konzeptbestandteil?</i>	233
2.2.4. <i>Ergebnis</i>	235
2.3. Umgehungsverhinderungsfunktion	235
2.3.1. <i>Begriff der Gesetzesumgehung</i>	236
2.3.2. <i>Einbettung in das Grundkonzept</i>	236
2.3.3. <i>Die Umgehungsverhinderungsfunktion</i>	238
2.3.4. <i>Ergebnis</i>	239
2.4. <i>Rechtsmissbrauchsverhinderungsfunktion?</i>	239
2.5. <i>Interdependenzen</i>	241
C. Subjekt	241
1. <i>Das Subjekt im Allgemeinen</i>	241
2. <i>Die subjektseitigen Personenmehrheiten im Besonderen</i>	242

2.1. Personenmehrheiten als Subjekt	242
2.2. Mehrere Subjekte	243
2.3. Ergebnis	244
3. Die Rechtsstellung des Subjekts im Besonderen	244
3.1. Konzeptimmanente Rechtsposition	244
3.1.1. <i>Grundkonzept</i>	245
3.1.2. <i>Untergeordnete Konzepte</i>	245
3.1.3. <i>Ergebnis</i>	245
3.2. Normkontextbedingte Rechtsposition	245
3.3. Rechtsposition aus anderem Rechtsgrund	246
3.4. Ergebnis	247
4. Übertragbarkeit der wirtschaftlichen Berechtigung?	247
D. Objekt	248
1. Das Objekt im Allgemeinen	248
2. Der intersubjektive Ansatz im Besonderen	248
2.1. Objektseitige Personenmehrheiten	249
2.2. Rechtsstellung des Objekts	250
E. Subjekt-Objekt-Relation	250
1. Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Kontrolle als Kernelemente	251
1.1. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	251
1.1.1. <i>Begriff</i>	251
1.1.2. <i>Bedeutung für die Subjekt-Objekt-Relation</i>	252
1.2. Kontrolle	252
1.3. Ergebnis	253
2. Normative Unschärfe als funktionales Element	253
2.1. Gründe für die inhärente Unschärfe	253
2.1.1. <i>Wirtschaftliche Betrachtungsweise</i>	253
2.1.2. <i>Begriff der Kontrolle</i>	254
a) <i>Unbestimmter Begriff</i>	254
b) <i>Normativer Begriff</i>	254
c) <i>Typusbegriff</i>	255
2.1.3. <i>Umgehungsverhinderungsfunktion</i>	257
a) <i>Flexibilitätsbedürfnis oder von der Unschärfe als Reaktion auf die Privatautonomie bzw. deren Ausschöpfung</i>	257
b) <i>Erfassung rein tatsächlicher Kontrolle</i>	259
2.1.4. <i>Ergebnis</i>	260
2.2. Vorgaben im Umgang mit Unschärfe	261
2.2.1. <i>Legalitätsprinzip im Allgemeinen</i>	261

2.2.2. <i>Norm mit Durchgangsfunktion im Besonderen</i>	263
2.2.3. <i>Ergebnis</i>	264
2.3. <i>Methoden im Umgang mit Unbestimmtheit</i>	264
2.3.1. <i>Formale Legaldefinition</i>	264
2.3.2. <i>Materielle Legaldefinition</i>	266
2.3.3. <i>Typen- bzw. Fallgruppenbildung</i>	266
2.3.4. <i>Ergebnis</i>	269
2.4. <i>Ergebnis</i>	269
III. Die Rechtsnatur des Grundkonzepts	270
A. <i>Die Verortung im juristischen Instrumentarium</i>	271
1. <i>Rechtsprinzipien, Rechtsinstitute, juristische Theorien etc.</i>	271
2. <i>Die rechtsdogmatische Figur</i>	272
2.1. <i>Die gemeinsame Grundstruktur</i>	273
2.2. <i>Das Grundkonzept als funktionale Einheit</i>	273
3. <i>Das Grundkonzept als rechtsdogmatische Figur</i>	274
B. <i>Zur Bezeichnung «wirtschaftliche Berechtigung»</i>	274
C. <i>Weitere Charakteristika</i>	276
1. <i>Rechts- oder Tatfrage</i>	276
2. <i>Durchbrechung des Privatrechts?</i>	278
IV. Verwandtschaften?	279
A. <i>Wirtschaftliche Betrachtungsweise</i>	280
B. <i>Rechtsmissbrauch, Durchgriff und Gesetzesumgehung</i>	281
C. <i>Beneficial Ownership i.S.d. angloamerikanischen Konzepts</i>	283
D. <i>Treuhand</i>	285
E. <i>Wirtschaftlich Beteiligter</i>	286
F. <i>Wirtschaftliches Eigentum</i>	287
V. Schlussbemerkungen	289
<hr/>	
§18 Operationalisierung des Grundkonzepts	290
I. <i>Zweck</i>	291
II. <i>Funktionen</i>	291
III. <i>Subjekt</i>	292
IV. <i>Objekt</i>	293
V. <i>Subjekt-Objekt-Relation</i>	293
A. <i>Kernelemente</i>	294
B. <i>Inhärente Unbestimmtheit und Konkretisierung</i>	294
1. <i>Die Crux mit den Scheinkonkretisierungen</i>	295

1.1. Scheinkonkretisierungen	295
1.2. Zirkuläre Definitionen	296
2. Konkretisierung durch Fallgruppen	296
2.1. Zweck als Leitstern und Prüfstein	297
2.2. Fallgruppenbildung	298
2.3. Rechtstatsächliches zur Fallgruppenbildung	300
VI. Erkenntnisse für die Operationalisierung	
untergeordneter Konzepte	301
A. Operationalisierung de lege lata	301
B. Operationalisierung de lege ferenda	302
1. Festlegung von Zweck, Funktion, Subjekt und Objekt ...	302
2. Festlegung und Konkretisierung der Subjekt-Objekt- Relation	303
2.1. Bestimmung des zulässigen Unschärfegrades	304
2.2. Fallgruppenbildung	304
2.2.1. <i>Bestimmung der Fallgruppen</i>	305
2.2.2. <i>Verortung der Fallgruppenbildung</i>	306
VII. Schlussbemerkungen	307
<hr/>	
§19 Schlussbemerkungen zu Teil III	309
<hr/>	
Teil IV: Schlussbemerkungen	313
<hr/>	
§20 Erkenntnisse	314
I. Vertikalbetrachtung	314
II. Horizontalbetrachtung	315
III. Dogmatische Betrachtung	315
IV. Limitierungen	317
V. Fazit	317
<hr/>	
§21 Ausblick	319
<hr/>	
Stichwortverzeichnis	323

Abkürzungsverzeichnis

a	alte bzw. frühere Fassung des betreffenden Rechtserlasses
a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angegebenen Ort
AB	Amtliches Bulletin (Bern)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ad	zu
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AIAV	Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAV) vom 23. November 2016 (SR 653.11)
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a.M.	anderer Meinung/ am Main
AO-DE	Abgabenordnung [der Bundesrepublik Deutschland] in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Bern)
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
Aufl.	Auflage
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 16. Januar 1991 (SR 823.111)
AwG	Bundesgesetz über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige (Ausweisgesetz, AwG) vom 22. Juni 2001 (SR 143.1)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014 (SR 952.02)
BBA	Berner Bankrechtliche Abhandlungen (Bern)
BBl	Bundesblatt (Bern)

BBT	Berner Bankrechtstag (Bern); seit 2006: SBT
Bd.	Band
BEG	Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008 (SR 957.1)
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995 (SR 954.1); nicht mehr in Kraft
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV) vom 2. Dezember 1996 (SR 954.11); nicht mehr in Kraft
BEHV-EBK96	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-EBK; BEHV-EBK) vom 21. Oktober 1996 (SR 954.193); nicht mehr in Kraft
BEHV-EBK97	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-EBK; BEHV-EBK) vom 25. Juni 1997 (SR 954.193); nicht mehr in Kraft
BEHV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA) vom 25. Oktober 2008 (SR 954.193); nicht mehr in Kraft
BFH	Urteil/Beschluss des Bundesfinanzhofes [der Bundesrepublik Deutschland]
BGBI.	Bundesgesetzblatt [der Bundesrepublik Deutschland]
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung, Lausanne)
BGer	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (nicht amtlich publiziert)
BGS	Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS) vom 29. September 2017 (SR 935.51)
BIFD	Bulletin for International Fiscal Documentation (Amsterdam)
BIT	Bulletin for International Taxation (Amsterdam)
BJM	Basler juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Bern)
BR	Bundesrat
BS	Bereinigte Sammlung (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bspw.	beispielsweise
BSR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel)

BtrIPR	Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht (Hamburg)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung, St. Gallen)
BVGer	Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (nicht amtlich publiziert)
BVV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
BwF bzw.	Bankwirtschaftliche Forschungen (Zürich / St. Gallen) beziehungsweise
CDP	Commentaire du droit pénal suisse (Bern)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (Lausanne)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
CL II	Collection Latine (CL), Série II: Thèses (Basel)
CO	Code des obligations, s. OR
CP	Code pénal suisse, s. StGB
CR	Commentaire Romand (Basel)
DACH	DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. (Düsseldorf)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBA-DK	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 23. November 1973 (SR 0.672.931.41)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
ders.	derselbe (Autor)
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n) (Autorin/Autoren)
Diss.	Dissertation
dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (Bern)
E	Entwurf
E.	Erwägung(en)
ebd.	ebenda
EBK	Eidgenössische Bankenkommission (Bern), wurde per 1. Januar 2009 in die FINMA integriert

EBK Bull.	EBK Bulletin (Bern; Paginierung gemäss den online archivierten Fassungen)
ECLI	European Case Law Identifier
EF	Expert Focus – Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsprüfung, Steuern, Rechnungswesen und Wirtschaftsberatung (Zürich); bis 2015: ST
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement (Bern)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Strassburg)
EGS	Eidgenössische Gesetzessammlung (Bern)
EIZ	Europa Institut an der Universität Zürich (Zürich)
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Bern)
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung (Bern)
et al.	et alii (= und andere)
etc.	et cetera (= und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof (Luxemburg)
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ex ante	ex ante – Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher (Zürich)
f.	und folgende (Seite, Note etc.)
FATCA-Abkommen	— Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA vom 14. Februar 2013 (SR 0.672.933.63)
ff.	und folgende (Seiten, Noten etc.)
FHB	Fachhandbuch – Expertenwissen für die Praxis (Zürich)
FHV	Finanzhaushaltverordnung (FHV) vom 5. April 2006 (SR 611.01)
Finews	finews.ch (Online-Newsportal, Zug)
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1)
FinfraV	Verordnung über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturverordnung, FinfraV) vom 25. November 2015 (SR 958.11)

FinfraV-FINMA	— Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturverordnung-FINMA, FinfraV-FINMA) vom 3. Dezember 2015 (SR 958.111)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstituts-gesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1)
FINIV	Verordnung über die Finanzinstitute (Finanzinstituts-verordnung, FINIV) vom 6. November 2019 (SR 954.11)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Bern)
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1)
FINMA SBull.	FINMA Sonderbulletin (Bern)
FN	Fussnote(n)
FS	Festschrift
FStR	IFF Forum für Steuerrecht (St. Gallen)
FuF	Finanzwirtschaft und Finanzrecht (Bern/Stuttgart/Wien)
GAFI	Groupe d'action financière (Paris)
Gen	Genossenschaft
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapital-marktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich / St. Gallen)
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Wien)
Global Forum	Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Paris)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GR	Kanton Graubünden
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
GwG-DE	Geldwäschegesetz [der Bundesrepublik Deutschland] vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 10. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 64) geändert worden ist
GWRL-4	Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und

	zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission
GwV	Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV) vom 11. November 2015 (SR 955.01)
GwV-EJPD	Verordnung des EJPD über die Sorgfaltspflichten der Veranstalterinnen von Grossspielen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung EJPD, GwV-EJPD) vom 7. November 2018 (SR 955.022)
GwV-ESBK	Verordnung der Eidgenössischen Spielbankenkommission über die Sorgfaltspflichten der Spielbanken zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung ESBK, GwV-ESBK) vom 12. November 2018 (SR 955.021)
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA) vom 3. Juni 2015 (SR 955.033.0)
Habil.	Habilitation
HAR	Hamburger Rechtsstudien (Berlin)
HGer	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
HRegV	Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
IDB	Inter-American Development Bank (Washington, D.C.)
i.d.R.	in der Regel
IFLR	International Financial Law Review (London)
ILM	International Legal Materials (Washington, D.C.)
insb.	insbesondere
i.S.	in Sachen
i.S.d.	im Sinne der/des
iusNet BR-KR	iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht (Online-Newsletter, Zürich)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.v.	im Sinne von
JusPriv	Jus Privatum – Beiträge zum Privatrecht (Tübingen)
JusPubl	Jus Publicum – Beiträge zum öffentlichen Recht (Tübingen)

KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektiv-anlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31)
KGer	Kantonsgericht
KGGT	Interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Bern)
KIG	Kollektivgesellschaft
KmAG	Kommanditaktiengesellschaft
KmG	Kommanditgesellschaft
Komm.	Kommentar
Konvention XVI	— Agreement XVI of the Swiss Bankers' Association with regard to the handling of requests for information from the Securities and Exchange Commission of the United States on the subject of misuse of inside information (abgedruckt in ILM 1983, 7 ff. sowie GOEBL, Konvention, Anhang (mit deutscher Übersetzung))
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, s. GWG
lit.	littera (= Buchstabe)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, s. SchKG
LR	Systematische Rechtssammlung der liechtensteinischen Rechtsvorschriften
m.E.	meines Erachtens
MGwV	Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei (MGwV) vom 25. August 2004 (SR 955.23)
MoU Insider Trading	— Switzerland – United States: Memorandum of Understanding to Establish Mutually Acceptable Means for Improving International Law Enforcement in the Field of Insider Trading vom 31. August 1982 (abgedruckt in ILM 1983, 1 ff. sowie GOEBL, Konvention, Anhang)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
N.C.J. ILCR	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation (Chapel Hill)
Not@lex	Not@lex – Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Zürich)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Paris)
OFK	Orell Füssli Kommentar (Zürich)

OLS	Offenlegungsstelle der SIX Exchange Regulation AG (Zürich)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Or.	Oregon Reports (Salem)
PCT-AO	Ausführungsordnung zum Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens vom 19. Juni 1970 (SR 0.232.141.11)
PK	Praxiskommentar
Pra	Die Praxis (Basel)
PS	Partizipationsschein(e)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen)
re	betreffend
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RT	Schriften zur Rechtstheorie (Berlin)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband (Bern)
SAWRK	Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln (Baden-Baden)
SBT	Schweizerische Bankrechtstagung (Basel); bis 2006: BBT
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung (SwissBanking) (Basel)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SGHB	St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht (Zürich / St. Gallen)
SGSF	St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht (Zürich / St. Gallen)
SHK	Stämpflis Handkommentar (Bern)
SICAF	Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (Bern)
SIT	Series on International Taxation (Alphen aan den Rijn)
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

SRO	Selbstregulierungsorganisation
SRVG	Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) vom 18. Dezember 2015 (SR196.1)
SSAV	Schriftenreihe SAV (Bern)
SSBR	Schweizer Schriften zum Bankrecht (Zürich)
SSFM	Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht (Zürich/Basel/Genf)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSR	Schriften zum Steuerrecht (Zürich)
SSW	Schriften zum Steuer- und Wirtschaftsrecht (Bern)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich); seit 2015: EF
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR311.0)
StR	Steuer Revue (Muri b. Bern) / Ständerat
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband (SVV) (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich)
TREX	TREX – Der Treuhandexperte (Zürich)
u.a.	unter anderem (anderen)
UBS-Staatsvertrag	— Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft vom 19. August 2009 (SR0.672.933.612)
UEK	Übernahmekommission (Zürich)
UEV	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung, UEV) vom 21. August 2008 (SR954.195.1)
USA	United States of America (= Vereinigte Staaten von Amerika)
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004 (SR961.01)
VAWG	Verordnung über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige (Ausweisverordnung, VAWG) vom 20. September 2002 (SR143.11)

vgl.	vergleiche
VGS	Verordnung über Geldspiele (Geldspielverordnung, VGS) vom 7. November 2018 (SR 935.511)
VKB	Verordnung über die Kontrolle des grenzüberschreitenden Barmittelverkehrs vom 11. Februar 2009 (SR 631.052)
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VS16	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1. Juni 2015
VS20	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 13. Juni 2018
VS77	Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 2. Juni 1977
VS82	Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken bei der Entgegennahme von Geldern und über die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. Juli 1982
VS87	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1. Juli 1987
VStB	Bundesratsbeschluss über die Verrechnungssteuer vom 1. September 1943 (EGS 59 707 ff.; später konsolidiert in BS 6 326 ff.)
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (Verrechnungssteuergesetz, VStG) vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21)
VStV	Verordnung über die Verrechnungssteuer (Verrechnungssteuerverordnung, VStV) vom 19. Dezember 1966 (SR 642.211)
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201)
WR	Schriften zum Wirtschaftsrecht (Berlin)
WStB	Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940 (EGS 56 1947 ff.; später konsolidiert in BS 6 350 ff.)
WuR	Wirtschaft und Recht – Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts (Zürich)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
zsis)	Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStöR	Zürcher Studien zum öffentlichen Recht (Zürich)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht (Zürich)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStStr	Zürcher Studien zum Strafrecht (Zürich)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin / New York)
z.T.	zum Teil
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden mit dem bzw. den AUTORENNAMEN sowie mit dem am Schluss des Hinweises angegebenen Zusatz zitiert. Bei mehreren Publikationen desselben Autors bzw. derselben Autoren sind diese chronologisch geordnet. Werke, die bloss für eine einzige Belegstelle in der Publikation herangezogen werden, sind in den entsprechenden Fussnoten des Textes vollständig angezeigt.

ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.)

- Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2018; zit.: BEARBEITER-KKVKOI
- Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2018; zit.: BEARBEITER-KKVKOI II

ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Geldwäscherei – Money Laundering – Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Diss. Zürich 1992 (= SSBR 12); zit.: ACKERMANN, Geldwäscherei

AELLEN MARCEL LIVIO, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Diss. Bern 1990, Bern/Stuttgart 1990 (= BwF 123); zit.: AELLEN, Gewähr

ALBISETTI EMILIO / BOEMLE MAX / EHRSAM PAUL / GSELL MAX / NYFFELER PAUL / RUTSCHI ERNST (Hrsg.), Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. Aufl., Thun 1987; zit.: ALBISETTI ET AL., Handbuch

ALTENBURGER PETER R., Der «effektiv Nutzungsberechtigte» im Spannungsfeld zwischen Quellen- und Sitzstaat, in: Hari Olivier (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2017, Bern 2017, 161 ff.; zit.: ALTENBURGER, Spannungsfeld

ARZT GUNTHER

- Das mißglückte Strafgesetz – am Beispiel der Geldwäschegesetzgebung, in: Diederichsen Uwe / Dreier Ralf (Hrsg.), Das mißglückte Gesetz – 8. Symposium der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart», Göttingen 1997, 17 ff.; zit.: ARZT, Strafgesetz
- Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), SJZ 1990, 189 ff.; zit.: ARZT, Rechtsnatur

- AUBERSON CAMILLE / GIANORA TRISTAN, *Fin de l'anonymat des actionnaires?*, Bulletin du CEDIDAC automne/2015, 1 ff.; zit.: AUBERSON/GIANORA, Anonymat
- AVERY JONES JOHN F. / DE BROE LUC / ELLIS MAARTEN J. / VAN RAAD KEES / LE GALL JEAN-PIERRE / GOLDBERG SANFORD H. / KILLIUS JÜRGEN / MAISTO GUGLIELMO / MIYATAKE TOSHIO / TORRIONE HENRI / VANN RICHARD J. / WARD DAVID A. / WIMAN BERTIL, *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, BIT 2006, 220 ff.; zit.: AVERY JONES ET AL., Origins
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, *Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen – Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierung durch Selbstregulierung*, Diss. Bern 2002 (= BBA 11); zit.: BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung
- BAUER-BALMELLI MAJA
- *Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht*, FStR 2002, 162 ff.; zit.: BAUER-BALMELLI, Steuerumgehung
 - *Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer – Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten*, Diss. Zürich 2000 (= SSR 7); zit.: BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck
- BAUMGARTNER BEAT
- *Beneficial ownership und Dividendenarbitrage*, StR 2015, 924 ff.; zit.: BAUMGARTNER, Ownership
 - *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz – Unter besonderer Berücksichtigung der Weiterleitung von abkommensbegünstigten Dividenden- und Zinseinkünften*, Diss. Zürich 2010, Zürich/Basel/Genf 2010 (= SSR 21); zit.: BAUMGARTNER, Konzept
- BECKER HANS (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I – Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB*, Bern 1962; zit.: BEARBEITER-BK ZGB 1962
- BECKER JULIA, *Die Entwicklung des Systems der Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz auf nationaler und internationaler Ebene seit 1990*, Diss. Bremen 2009, Aachen 2010; zit.: BECKER, Entwicklung
- BERISHA ELMA, *La diffusion de la notion d'ayant droit économique en droit suisse des sociétés*, in: Trigo Trindade Rita / Bahar Rashid / Neri-Castracane Giulia (Hrsg.), *Vers les sommets du droit – Liber amicorum pour Henry Peter*, Zürich 2019, 123 ff.; zit.: BERISHA, Diffusion

BETTSCHART SÉBASTIEN / FISCHER PHILIPP, *Les nouvelles règles de transparence pour les sociétés non cotées*, Not@lex 2016, 101 ff.; zit.: BETTSCHART/FISCHER, *Transparence*

BISCHOF ELIAS, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – Eine Betrachtung des schweizerischen Finanzmarktrechts im Lichte internationaler Standards und des Rechts der Europäischen Union*, Diss. Basel 2016, Zürich/Basel/Genf 2016 (= SSFM 121); zit.: BISCHOF, *Gewähr*

BLOCH-RIEMER RUTH, *Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz/USA: Limitation on Benefits und Nutzungsberechtigung (Beneficial Ownership)*, Diss. Bern 2012 (= ASR 787); zit.: BLOCH-RIEMER, *DBA*

BÖCKLI PETER

- Schweizer Aktienrecht – Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022; zit.: BÖCKLI, *Aktienrecht 2022*
- OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019; zit.: BÖCKLI, *Rechnungslegung*
- Schweizer Aktienrecht – mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009; zit.: BÖCKLI, *Aktienrecht 2009*
- Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht, GesKR 2007, 209 ff.; zit.: BÖCKLI, *Trust*
- Zum Börsengesetz von 1995: neue Rechtsinstitute und neue Probleme, BJM 1998, 25 ff.; zit.: BÖCKLI, *Börsengesetz*
- Die Transponierungstheorie – Ueberlegungen zur neueren Bundesgerichtspraxis bei Sachwerteinbringungen und zur «wirtschaftlichen» Betrachtungsweise, ASA 1978/1979, 31 ff.; zit.: BÖCKLI, *Transponierungstheorie*

BORS MARC, *Die Figur der Rechtsfigur*, in: Gauch Peter / Pichonnaz Pascal (Hrsg.), *Figures juridiques – Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, Zürich 2003, 219 ff.; zit.: BORS, *Figur*

BRAND PATRIC A., *Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen – Studie zur positiven Verrechtlichung des Leistungs- und Finanzverkehrs verbundener Unternehmen*, Diss. Bern 2014, Zürich/St. Gallen 2015 (= SSHW 326); zit.: BRAND, *Grenzen*

BRÖNNIMANN JÜRGEN, *Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG*, ZSR 1996 I, 211 ff.; zit.: BRÖNNIMANN, *Neuerungen*

- BRÜGGER URS, *Transparenz im Aktionariat von Publikumsgesellschaften: der tatsächliche Aktionär ist und bleibt oft ein Phantom*, in: Vogt Nedim P. / Stupp Eric / Dubs Dieter (Hrsg.), *Unternehmen – Transaktion – Recht – Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag*, Zürich / St. Gallen 2008, 83 ff.; zit.: BRÜGGER, *Transparenz*
- BUMKE CHRISTIAN, *Rechtsdogmatik – Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten* Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017; zit.: BUMKE, *Rechtsdogmatik*
- BURCKHARDT CHRISTOPH, *Das Ende der Inhaberaktie? – Kritische Würdigung des Entwurfs zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum, ex ante 2/2018*, 3 ff.; zit.: BURCKHARDT, *Ende*
- BURCKHARDT PETER / HÖSLI ANDREAS, *Neue strafrechtliche Risiken für Händler bei Barzahlungen über CHF 100'000*, in: *Jusletter* 1. Februar 2016; zit.: BURCKHARDT/HÖSLI, *Händler*
- CAPUS NADJA
- *Selbstregulierung: Ein taugliches Instrument zur Kontrolle der Geldwäscherei?*, in: Capus Nadja / Cassani Ursula / Cimichella Sandro / Oberholzer Niklaus (Hrsg.), *Öffentlich – Privat – Neue Aufgabenteilung in der Kriminalitätskontrolle? – Public – Privé – Vers un nouveau partage du contrôle de la criminalité?*, Zürich/Chur 2006 (= Reihe Kriminologie Bd. 23), 259 ff.; zit.: CAPUS, *Selbstregulierung*
 - *Country Report: Combating money laundering in Switzerland*, in: Pieth Mark / Aiolfi Gemma (Hrsg.), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering – A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA*, Cheltenham/Northampton 2004, 114 ff.; zit.: CAPUS, *Report*
- CASSANI URSULA
- *Evolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique: blanchiment d'argent et corruption privée*, *ZStrR* 2018, 179 ff.; zit.: CASSANI, *Evolutions*
 - *Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, Partie spéciale, Volume 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, Art. 303-311 CP*, Bern 1996; zit.: CASSANI-CDP CP
- CASSANI URSULA / BOVET CHRISTIAN / VILLARD KATIA (Hrsg.), *Commentaire Romand, Loi sur le blanchiment d'argent*, Basel 2022; zit.: BEARBEITER-CR LBA

- CASSANI URSULA / HENNINGER JULIA CECILIA, Kunsthandel und Geldwäscherei – neue Risiken, neue Sorgfaltspflichten, in: Mosimann Peter / Schönenberger Beat (Hrsg.), Kunst & Recht 2016, Bern 2016, 75 ff.; zit.: CASSANI/HENNINGER, Geldwäscherei
- CEREGHETTI LEONARDO, Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1994, Chur/Zürich 1995; zit.: CEREGHETTI, Offenlegung
- CRAMER CONRADIN, Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht, GesKR 2016, 159 ff.; zit.: CRAMER, Person
- DAENIKER DANIEL, *sia* Abrasives: Ungeklärte Fragen um die Offenlegung von Beteiligungen, GesKR 2011, 409 ff.; zit.: DAENIKER, Offenlegung
- DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Basel 2005; zit.: BEARBEITER-CR LP
- DEDEYAN DANIEL, Regulierung der Unternehmenskommunikation – Aktien- und Kapitalmarktrecht auf kommunikationstheoretischer Grundlage, Habil. Zürich 2014, Zürich/Basel/Genf 2015; zit.: DEDEYAN, Unternehmenskommunikation
- DE MONTMOLLIN DIDIER, *Lutte contre le blanchiment d'argent: les exigences supplémentaires prévues sont-elles vraiment indispensables?*, Anwaltsrevue 2014, 65 ff.; zit.: DE MONTMOLLIN, Blanchiment
- DRUEY JEAN NICOLAS, Die Meldepflicht Transparenz – eine verhüllte Göttin, SZW 1997 (Sonderheft), 36 ff.; zit.: DRUEY, Meldepflicht
- DUBS DIETER / BRÜGGER URS, Transparenz im Aktionariat durch (objektiv-) geltungszeitliche Interpretation des Art. 685d Abs. 2 OR – Die Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten als Anerkennungsvoraussetzung – Zugleich (auch) ein Ansatz zur Verhinderung des «Empty-Voting», SZW 2007, 282 ff.; zit.: DUBS/BRÜGGER, Transparenz
- DUBS HANS
- Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerumgehung – Bemerkungen zur terminologischen Abgrenzung und zum gegenseitigen Verhältnis, in: Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal (Hrsg.), *Mélanges Henri Zwahlen – Recueil de*

- travaux publiés à la mémoire du juge fédéral et professeur H. Zwahlen, Lausanne 1977, 569 ff.; zit.: DUBS, Betrachtungsweise
- Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR 1974 II, 223 ff.; zit.: DUBS, Bestimmtheit
- DU TOIT CHARL, The Evolution of the Term «Beneficial Ownership» in Relation to International Taxation over the Past 45 Years, BIT 2010, 500 ff.; zit.: DU TOIT, Evolution
- EGGER TANNER CHRISTINE, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei – Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Zürich 1998, Zürich 1999 (= ZStStr 35); zit.: EGGER TANNER, Geldwäscherei
- EGLE CARLO, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs – Unter besonderer Berücksichtigung der neuen Anti-Geldwäschereibestimmungen des GwG und der Art. 697i ff. OR, Diss. Zürich 2018, Zürich/ St. Gallen 2018 (= SSW 343); zit.: EGLE, Anonymität
- ENGISCH KARL, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018; zit.: ENGISCH, Einführung
- ENGSTLER PATRICK, Handänderungssteuer infolge Fondsleitungswechsel – Tragweite für Umstrukturierungen von Immobilienfonds und die wirtschaftliche Handänderung, ASA 2022/2023, 81 ff.; zit.: ENGSTLER, Handänderungssteuer
- EQUEY DAVID, Mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence – Conséquences en droit des sociétés, Bern 2021; zit.: EQUEY, Forum
- FACINCANI NICOLAS, Die GAFI-Transparenzbestimmungen im Gesellschaftsrecht – Pflichten für Aktionäre und Verwaltungsräte, in: Mathis Andrea/ Nobs Rolf (Hrsg.), Treuhand und Revision – Jahrbuch 2017, Zürich 2017, 177 ff.; zit.: FACINCANI, GAFI
- FELIX DAGMAR, Einheit der Rechtsordnung – Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Habil. Passau 1997, Tübingen 1998 (= JusPubl 34); zit.: FELIX, Einheit
- FORSTMOSER PETER, OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, in: Walder Hans Ulrich / Jaag Tobias / Zobl Dieter (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, 69 ff.; zit.: FORSTMOSER, OR 663c

FRIEDLI GEORG

- Die Standesregeln der Banken – Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Berner Bankrechtstag 1999, Bern 1999 (= BBT 6), 31 ff.; zit.: FRIEDLI, Standesregeln
- Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305^{ter} Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: Pieth Mark (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäsche – Modellfall Schweiz?, Basel / Frankfurt a.M. / Stuttgart 1992, 123 ff.; zit.: FRIEDLI, Sorgfalt
- Insider-Geschäfte: Praktische Erfahrungen in der Rechtshilfe, in: von Graffenried Rudolf (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 245 ff.; zit.: FRIEDLI, Insider-Geschäfte

FÜRSTENBERGER BEAT, Einrede des mangelnden und Feststellung des neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz – Unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Diss. Basel 1999 (= BSR Reihe A 50); zit.: FÜRSTENBERGER, Einrede

GALLI DARIO / KÜNDIG MICHAEL / VISCHER MARKUS, Nichtige GV-Beschlüsse wegen Verletzung der GAFI-Meldepflichten, dRSK vom 12. Mai 2022; zit.: GALLI/KÜNDIG/VISCHER, GAFI

GALLIKER JÜRIG, «Moral Banking in Switzerland» – Die Sorgfaltspflichten der Banken zur Abwehr unerwünschter Gelder, Diss. Basel 1994, Zürich 1995 (= SSBR 30); zit.: GALLIKER, Banking

GASSER DOMINIK

- Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, ZBJV 1996, 1 ff. zit.: GASSER, SchKG
- Neues von der Betreuung aufgrund eines Konkursverlustscheins, in: Hauptabteilung Privatrecht des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Von Bern nach Lausanne – FS für Pierre Widmer, Bern 1995, 1 ff.; zit.: GASSER, Neues

GEIGER CLAUDIA, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) – Studie zu einem zentralen Begriff des Finanzmarktrechts und der Geldwäschereibekämpfung, Diss. Bern 2005, Bern 2006 (= BBA 14); zit.: GEIGER, VSB

GERICKE DIETER / JENTSCH VALENTIN, Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären, SZW 2017, 618 ff.; zit.: GERICKE/JENTSCH, Vinkulierung

GERICKE DIETER / KUHN DANIEL

- Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, AJP 2019, 1272 ff.; zit.: GERICKE/KUHN, Radikalkur
- Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 2015, 849 ff.; zit.: GERICKE/KUHN, Meldepflichten
- Börsenrechtliche Offenlegungspflicht des Vermögensverwalters: Vorrang des Rechtsstaats im Kapitalmarktrecht – Besprechung des Urteils 2C_98/2013 des Bundesgerichts vom 29. Juli 2013, GesKR 2014, 93 ff.; zit.: GERICKE/KUHN, Offenlegungspflicht

GERICKE DIETER / MÜLLER ANDREAS / HÄUSERMANN DANIEL / HAGMANN NINA,
Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, 323 ff.; zit.: GERICKE ET AL., AktienrechtGILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Art. 159-270, Bd. III, Lausanne 2001; zit.: GILLIÉRON-Comm. LP III

GLANZMANN LUKAS

- Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, in: Kunz Peter V. / Jörg Florian S. / Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 267 ff.; zit.: GLANZMANN, Transparenzvorschriften
- Der Konzern im neuen Rechnungslegungsrecht, SZW 2016, 32 ff.; zit.: GLANZMANN, Konzern

GLANZMANN LUKAS / SPOERLÉ PHILIP

- Das neue Global Forum-Gesetz – Die geplante Enteignung von Inhaberkonzernen und andere Unzulänglichkeiten, GesKR 2018, 87 ff.; zit.: GLANZMANN/SPOERLÉ, Global
- Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger? – Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI, GesKR 2014, 4 ff.; zit.: GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie

GOEBL JOST LORENZ, Rechtsprobleme der Konvention XVI der Schweizerischen Bankiervereinigung (Insider-Regelung), Diss. Zürich 1986, Entlebuch 1987; zit.: GOEBL, Konvention

GOTSCHKEV GEORG G., Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht – Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der organisierten

Gruppe gemäss Börsengesetz, Diss. Zürich 2005, Zürich/Basel/Genf 2005 (= SSW 240); zit.: GOTSCHEV, Aktionärsverhalten

GRABER CHRISTOPH K.

- Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, SZW 1995, 161 ff.; zit.: GRABER, Sorgfaltspflichtvereinbarung
- Geldwäscherei – Ein Kommentar zu Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB, Diss. Bern 1990; zit.: GRABER, Geldwäscherei

GRABER CHRISTOPH K. / OBERHOLZER DOMINIK, Das neue GwG – Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009; zit.: BEARBEITER-Komm. GwG

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022; zit.: GRAHAM-SIEGENTHALER-BK ZGB 2022

GREENE EDWARD F., US-Swiss Memorandum of Understanding on Insider Trading, IFLR 1/1983, 26 ff.; zit.: GREENE, Insider

GRÜNINGER PHILIPPE, Die Strafbarkeit der Verletzung von Sorgfaltspflichten bei Finanzgeschäften – Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, Diss. Zürich 2005; zit.: GRÜNINGER, Strafbarkeit

GRUSCHKE DANIEL, Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats, Diss. Berlin 2013, Berlin 2014 (= RT 269); zit.: GRUSCHKE, Vagheit

GUGGISBERG JÜRIG, Neuerungen aus Sicht der Gläubiger, in: SAV (Hrsg.), Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Bern 1995 (= SSAV 13), 65 ff.; zit.: GUGGISBERG, Neuerungen

GUTZWILLER PETER MAX / SCHLEIFFER PATRICK, Offenlegung von Beteiligungen im Falle eines Trusts (Trustees) als Aktionär, GesKR 2007, 61 ff.; zit.: GUTZWILLER/SCHLEIFFER, Offenlegung

HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016; zit.: HANDSCHIN, Rechnungslegung

HANDSCHIN LUKAS / JUNG PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660-697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021; zit.: BEARBEITER-ZK OR

- HARDMEIER HANS ULRICH, Änderungen im Konkursrecht, AJP 1996, 1428 ff.;
zit.: HARDMEIER, Änderungen
- HAUSHEER HEINZ / JAUN MANUEL, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB – Art. 1-10 ZGB, Bern 2003; zit.: HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB
- HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I – Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung – Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012; zit.: BEARBEITER-BK ZGB 2012
- HEIM KATHRIN / WETTSTEIN TAMARA, VSB 2020 – Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019; zit.: HEIM/WETTSTEIN-PK VSB
- HERBERGER MAXIMILIAN / SIMON DIETER, Wissenschaftstheorie für Juristen – Logik – Semiotik – Erfahrungswissenschaften, Frankfurt a.M. 1980; zit.: HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie
- HERMANN CHARLES / REDING ROLAND / WINCKLER GRÉGOIRE, Verrechnungssteuer auf Dividenden – Durchlaufposten oder Aufwand?, ST 2007, 894 ff.; zit.: HERMANN/REDING/WINCKLER, Verrechnungssteuer
- HERTIG GÉRARD / MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. / ROTH ROBERT / ROTH URS P. / ZOBL DIETER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000; zit.: BEARBEITER-Komm. BEHG
- HESS MARKUS, Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht, in: Grolimund Pascal / Koller Alfred / Loacker Leander D. / Portmann Wolfgang (Hrsg.), FS für Anton K. Schnyder – zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2018, 1163 ff.; zit.: HESS, Unklarheiten
- HOCHREUTENER HANS PETER
- Ergänzungsband zu «Die Eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer», Bern 2017; zit.: HOCHREUTENER, Ergänzungsband
 - Die eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer, Bern/Freiburg 2013; zit.: HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer
- HÖHN ERNST, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, StR 1963, 387 ff.; zit.: HÖHN, Betrachtungsweise

HONEGGER PETER C.

- Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten – unter besonderer Berücksichtigung der Rechts-hilfe bei Steuerhinterziehungen und Insidergeschäften, Diss. Zürich 1986 (= SSW 89); zit.: HONEGGER, Offenlegungspflichten
- Demystification of the Swiss Banking Secrecy and Illumination of the United States-Swiss Memorandum of Understanding, N.C.J. ILCR 1983-1984, 1 ff.; zit.: HONEGGER, Demystification

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest (GmbH), Art. 1-2 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1-3 ÜBest (GAFI2014), 5. Aufl., Basel 2016; zit.: BEARBEITER-BSK OR II

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Trust, if you can? – Einige Gedanken zum Common Law Trust aus der Sicht des Schweizerischen Sachenrechts, ZSR 2021 I, 453 ff.; zit.: HRUBESCH-MILLAUER, Trust

HSU PETER CH. / FLÜHMANN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021; zit.: BEARBEITER-BSK GwG

HUWILER BRUNO, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Schmidlin Bruno (Hrsg.), Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft 16 ZSR 1994, 57 ff.; zit.: HUWILER, Aequitas

JACQUEMOUD PHILIPPE / VIGNIEU BENJAMIN, Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, GesKR 2015, 536 ff.; zit.: JACQUEMOUD/VIGNIEU, Loi

JAUSSI THOMAS / GHIEMMETTI COSTANTE / PFIRTER MARKUS, Allgemeiner Überblick über die Rückerstattung der eidg. Verrechnungssteuer – Teil 1, StR 2012, 645 ff.; zit. JAUSSI/GHIEMMETTI/PFIRTER, Überblick 1

JOERDEN JAN C., Logik im Recht – Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2018; zit.: JOERDEN, Logik

JUNKER RUDOLF, Rechtsvorschlag: Kein neues Vermögen (Art. 265a SchKG), in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn 1998, 579 ff.; zit.: JUNKER, Rechtsvorschlag

JUNOD CHARLES-ANDRÉ, La garantie d'une activité irréprochable – De la surveillance à la tutelle des banques?, in: von Graffenried Rudolf (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 91 ff.; zit.: JUNOD, Garantie

JUTZI THOMAS

- Unternehmenspublizität – Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Habil. Bern 2017; zit.: JUTZI, Unternehmenspublizität
- Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: Kunz Peter V. / Weber Jonas / Lienhard Andreas / Fagnoli Iole / Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 197 ff.; zit.: JUTZI, Mindeststandards

JUTZI THOMAS / SCHÄREN SIMON, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppensachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 2012, 411 ff.; zit.: JUTZI/SCHÄREN, Gruppensachverhalte

KAMANABROU SUDABEH, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 2002, 662 ff.; zit.: KAMANABROU, Generalklauseln

KILGUS SABINE, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich 2005, Zürich / St. Gallen 2007; zit.: KILGUS, Effektivität

KILGUS SABINE / LOSINGER PAOLO, Das revidierte Geldwäschereigesetz ab 1. Januar 2016, TREX 2015, 278 ff.; zit.: KILGUS/LOSINGER, Geldwäschereigesetz

KISTLER MARLÈNE, La vigilance requise en matière d'opérations financières – Étude de l'article 305^{ter} du Code pénal suisse, Diss. Lausanne 1994 (= SBR 24); zit.: KISTLER, Vigilance

KISTLER PASCAL M., Die Erfüllung der (aktien- und börsenrechtlichen) Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärsgruppen – Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 663c OR, Art. 20 f. und Art. 32 BEHG, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 212); zit.: KISTLER, Meldepflicht

KLAUSER PETER, Ausgewählte Aspekte der Teilrevision des schweizerischen Bankengesetzes, WuR 1985, 369 ff.; zit.: KLAUSER, Aspekte

KNOBLOCH STEFAN, Weitgehende Abschaffung der Inhaberaktien und weitere Neuerungen durch das Global-Forum-Gesetz, in: Müller Matthias P. A. /

Forrer Lucas / Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich / St. Gallen 2020, 345 ff.; zit.: KNOBLOCH, Abschaffung

KOBIERSKI MARLENE, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht – Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Bern 2012 (=SSW 22); zit.: KOBIERSKI, Durchgriff

KÖTZ HEIN, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 1990, 203 ff.; zit.: KÖTZ, Rechtsvergleichung

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019; zit.: KRAMER, Methodenlehre

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, SchKG Kommentar – Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Zürich 2020; zit.: KREN KOSTKIEWICZ-OFK SchKG

KÜNG MANFRED / HUBER FELIX M. / KUSTER MATTHIAS, Kommentar zum Börsengesetz, Bd. II, Materialien und Kommentar, Zürich 1998; zit.: KÜNG / HUBER / KUSTER-Komm. Börsengesetz II

KUNZ MICHAEL

- Aktuelle Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei – Teil I: Änderungen 2019, in: Jusletter 13. Januar 2020; zit.: KUNZ, Entwicklungen
- Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012 – Die Geldwäschereiprävention verlässt den Finanzsektor, in: Jusletter 23. Februar 2015; zit.: KUNZ, GAFI

KUNZ PETER V.

- Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019; zit.: KUNZ, Wirtschaftsrecht
- Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014/2015: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 2018, 1 ff.; zit.: KUNZ, Rechtsprechung 14/15
- Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 2017, 141 ff.; zit.: KUNZ, Sondermethodik
- Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz, Bern 2016; zit.: KUNZ, Konzernrecht
- Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2012; zit.: KUNZ, Rundflug

- Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2/2012; zit.: KUNZ, Besonderheiten
 - Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteile vom 11. März 2010, BGE 136 II 304 (2C_77/2009 und 2C_78/2009), i.S. Laxey Partners et al. gegen Implenla, Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten., AJP 2010, 1475 ff.; zit.: KUNZ, Implenla
 - Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz im Lichte moderner Finanzinstrumente – Perspektive der Schweiz, GesRZ 2010, 252 ff.; zit.: KUNZ, Beteiligungstransparenz
 - Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsengesetz – Eine neue Sanktion bei Meldepflichtverletzungen mit grossem Drohpotenzial, SZW 2008, 280 ff.; zit.: KUNZ, Stimmrechtssuspendierungsklage
 - Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Vogt Nedim P. / Stupp Eric / Dubs Dieter (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht – Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich / St. Gallen 2008, 229 ff.; zit.: KUNZ, Meldepflicht
 - Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht – Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick sowie Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil. Bern 2001; zit.: KUNZ, Minderheitenschutz
- KUNZ PETER V. / JUTZI THOMAS / SCHÄREN SIMON (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017; zit.: BEARBEITER-SHK GwG
- KÜPFER URS, Treuhänderische Unternehmensbeteiligung – unter besonderer Berücksichtigung der Nominee-Eintragung bei schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Basel 1997 (= BSR Reihe A 38); zit.: KÜPFER, Unternehmensbeteiligung
- KURZBEIN REGULA, Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten (Art. 20 und 31 BEHG) – Verwaltungs- und strafrechtliche Konsequenzen nach dem revidierten Börsengesetz (2013), Diss. Bern 2013, Zürich / St. Gallen 2013; zit.: KURZBEIN, Meldepflichten
- KUSTER MATTHIAS, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, SJZ 1997, 289 ff.; zit.: KUSTER, Begriff
- LANZ RAPHAEL, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht – Inwiefern hat im schweizerischen Privatrecht eine durch

- die äussere Form hindurchdringende materielle Würdigung zu erfolgen?, Diss. Bern 2000 (= ASR 644); zit.: LANZ, Betrachtungsweise
- LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991; zit.: LARENZ, Methodenlehre
- LARENZ KARL / CANARIS CLAUS-WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995; zit.: LARENZ/CANARIS, Methodenlehre
- LEENEN DETLEF, Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Diss. München 1971, Berlin 1971 (= RT 26); zit.: LEENEN, Typus
- LENGAUER DANIEL / EGGEN MIRJAM / STRAUB RODOLFO (Hrsg.), Fachhandbuch Kapitalmarktrecht, Zürich 2021; zit.: BEARBEITER-FHB Kapitalmarktrecht
- LEU NICOLAS, Die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation – Eine kritische Auseinandersetzung mit dem massgebenden Kriterium der Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen nach Art. 72 StGB, ZStrR 2017, 172 ff.; zit.: LEU, Verfügungsmacht
- LIÉGEOIS FABIEN, Foundations of International Corporate Taxation: a Swiss Perspective, Zürich 2022; zit.: LIÉGEOIS, Taxation
- LISSI ALBERTO, Steuerfolgen von Gewinnausschüttungen schweizerischer Kapitalgesellschaften im internationalen Konzernverhältnis, Diss. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2007 (= SSR 18); zit.: LISSI, Steuerfolgen
- LOCHER PETER / MARANTELLI ADRIANO / OPEL ANDREA, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019; zit.: LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht
- LOMBARDINI CARLO, Banques et blanchiment d'argent, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016; zit.: LOMBARDINI, Banques
- LUTHIGER RETO, Geldwäschereibekämpfung bei Investmentgesellschaften – Die Anteilsbeziehung im GwG, Diss. St. Gallen 2016, Zürich / St. Gallen 2017 (= SGSF 15); zit.: LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung
- LUTZ PETER / KERN MARTIN, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, SJZ 2015, 301 ff.; zit.: LUTZ/KERN, GAFI

- MACALUSO ALAIN / MOREILLON LAURENT / QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), *Commentaire Romand du Code pénal II, Art. 111-392 CP*, Basel 2017; zit.: BEARBEITER-CR CPII
- MANNHART ANJJA, Freiheit und Grenzen der Rechtsprechung bei offenen Rechtsbegriffen, in: Mühlemann Guido / Mannhart Annja (Hrsg.), *Freiheit ohne Grenzen – Grenzen der Freiheit – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich / St. Gallen 2008*, 405 ff.; zit.: MANNHART, Freiheit
- MARANTELLI ADRIANO, *Gedankensplitter zur Beneficial Ownership anhand des Bundesgerichtsurteils 2C_752/2014 vom 27. November 2015*, in: Marantelli Adriano / Opel Andrea (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Steuerrechts – Festgabe für Prof. em. Dr. Urs R. Behnisch, Bern 2020*, 53 ff.; zit.: MARANTELLI, *Gedankensplitter*
- MARIANI GIULIA, *Buts, effets et limites des recommandations du GAFI – Avec un regard sur le droit suisse et comparé de la lutte contre le blanchiment d’argent*, Diss. Lausanne 2021, Basel 2021 (= CLII 18); zit.: MARIANI, GAFI
- MATTEOTTI RENÉ, «Treaty Shopping» und seine Grenzen in der schweizerischen Rechtsprechung, *zsis* 2008, Aufsätze Nr. 1; zit.: MATTEOTTI, Treaty
- MATTHEY SYLVAIN
- Know Your Customer: Quo Vadis?, *SZW* 2016, 123 ff.; zit. MATTHEY, KYC
 - La notion d’ayant droit économique en droit bancaire suisse, in: Margelisch Claude-Alain / Winzeler Christoph (Hrsg.), *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht – Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998*, 53 ff.; zit. MATTHEY, Notion
- MAURENBRECHER BENEDIKT / ECKERT FABRICE, *Gewährserfordernis und Privatrecht*, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), *Bankvertragsrecht, Basel 2017* (= SBT 2017), 139 ff.; zit.: MAURENBRECHER/ECKERT, *Gewährserfordernis*
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Der Vorkaufsfall, ZBGR 1964*, 257 ff.; zit.: MEIER-HAYOZ, *Vorkaufsfall*
- MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER / SETHE ROLF, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform*, 12. Aufl., Bern 2018; zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, *Gesellschaftsrecht*
- MEINDL-RINGLER ANGELIKA, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, Diss. München 2016, Alphen aan den Rijn 2016 (= SIT 58); zit.: MEINDL-RINGLER, *Ownership*

- MENDES DE LEON SOIZIC, The Swiss court's approach to beneficial ownership, *Trusts & Trustees* 2012, 232 ff.; zit.: MENDES DE LEON, Approach
- MERZ HANS, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtschöpfung, *ZSR* 1961 I, 335 ff.; zit.: MERZ, Generalklausel
- METTIER SUSANNE, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz – Melde- und Veröffentlichungspflicht von Aktionär und Gesellschaft, Diss. Zürich 1998, Zürich 1999 (= SSBR 52); zit.: METTIER, Offenlegung
- METZGER AXEL, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Habil. Hamburg 2008, Tübingen 2009 (= BtrIPR 89); zit.: METZGER, Rechtsgrundsätze
- MEYER FRANK, Das neue Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) – oder «Ein gutes Pferd springt nicht höher, als es muss.», *ZStrR* 2016, 291 ff.; zit.: MEYER, SRVG
- MEYER PATRICK K. / RYHNER SAMUEL, Ist die geldwäschereirechtliche Differenzierung zwischen wirtschaftlich Berechtigtem und Kontrollinhaber noch zeitgemäss?, *GesKR* 2021, 108 ff.; zit.: MEYER/RYHNER, Differenzierung
- MEYER ULRICH, Tatfrage – Rechtsfrage, *Anwaltsrevue* 2016, 211 ff.; zit.: MEYER, Tatfrage
- MISTELI JONAS, Dividenden-Stripping – Steuerrechtliche Aspekte einer Verschiebung von Aktien über den Dividendenstichtag mittels börslicher Kassageschäfte, Sell/Buy-Back, Repo und Securities-Lending, Diss. St. Gallen 2000, Wallisellen 2001 (= FuF 93); zit.: MISTELI, Dividenden-Stripping
- MÖLLER CHRISTIAN, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht – Dargestellt an den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im Recht der GmbH, Diss. Bayreuth 1996, Berlin 1997 (= WR 102); zit.: MÖLLER, Betrachtungsweise
- MÖLLERS THOMAS M. J., *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., München 2021; zit.: MÖLLERS, Methodenlehre
- MÜLLER CHRISTOPH, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Bern 2018; zit.: MÜLLER-BK OR

MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013; zit.: MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre

NAGEL THOMAS

- Auslegeordnung der neuen GwG-Pflicht zur Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person, in: iusNet BR-KR 31. März 2022; zit.: NAGEL, Auslegeordnung
- Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG) – Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Diss. Bern 2019, Zürich/Basel/Genf 2020 (= SSFM132); zit.: NAGEL, Geltungsbereich

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / KESHELAVA TORNIKE, Recht und Wittgenstein VI: Vertikale Normendurchdringung der anderen Art, in: Hotz Sandra / Mathis Klaus (Hrsg.), Recht, Moral und Faktizität – FS für Walter Ott, Zürich 2008, 133 ff.; zit.: NIGGLI/KESHELAVA, Recht

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / UEBERSAX PETER / WIPRÄCHTIGER HANS / KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018; zit.: BEARBEITER-BSK BGG

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.)

- Basler Kommentar zum Strafrecht I, Art. 1-136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019; zit.: BEARBEITER-BSK StGB I
- Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019; zit.: BEARBEITER-BSK StGB II

NOBEL PETER

- Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019; zit.: NOBEL, Finanzmarktrecht
- Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise, in: Grolimund Pascal / Koller Alfred / Loacker Leander D. / Portmann Wolfgang (Hrsg.), FS für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 1217 ff.; zit.: NOBEL, Wirtschaftsrecht
- Die Aktiengesellschaft und das Strafrecht, in: Jositsch Daniel / Schwarzenegger Christian / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), FS für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2017, 485 ff.; zit.: NOBEL, Aktiengesellschaft
- Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, SJZ 2017, 457 ff.; zit.: NOBEL, Betrachtungsweise

- Das schweizerische Recht vor den Herausforderungen des internationalen Rechts – Bank- und Finanzmarktrecht, ZSR 2012 II, 111 ff.; zit.: NOBEL, Herausforderungen
- Wirtschaftsrecht?, in: Kunz Peter V. / Herren Dorothea / Cottier Thomas / Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – FS für Roland von Büren, Basel 2009, 971 ff.; zit.: NOBEL, Wirtschaftsrecht?
- Aktien- und Börsenrecht: Vielfalt und Einheit, SZW 2008, 175 ff.; zit.: NOBEL, Börsenrecht
- Selbstregulierung, in: Margelisch Claude-Alain / Winzeler Christoph (Hrsg.), Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht – Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, 119 ff.; zit. NOBEL, Selbstregulierung
- Der Kernbestand des Börsengesetzes – Querbeziehungen zum Privatrecht, in: Nobel Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 4 1995, Bern 1996, 97 ff.; zit.: NOBEL, Kernbestand
- Die neuen Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, WuR 1987, 149 ff.; zit.: NOBEL, Standesregeln

OBERSON XAVIER, Précis de droit fiscal international, 5. Aufl., Bern 2022; zit.: OBERSON, Précis

OHLY ANSGAR, Generalklausel und Richterrecht, AcP 2001, 1 ff.; zit.: OHLY, Generalklausel

OLIVER J. DAVID B. / LIBIN JEROME B. / VAN WEEGHEL STEF / DU TOIT CHARL, Beneficial Ownership, BIFD 2000, 310 ff.; zit.: OLIVER ET AL., Ownership

PETER HENRY / DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, Réflexions critiques sur l'adoption par la Suisse des normes du GAFI en matière de transparence des sociétés: du bricolage législatif à l'abolition des actions au porteur?, SZW 2017, 322 ff.; zit.: PETER / DE ROSSA GISIMUNDO, Réflexions

PFAFF DIETER / GLANZ STEPHAN / STENZ THOMAS / ZIHLER FLORIAN (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2019; zit.: BEARBEITER-PK Rechnungslegung

PFUND ROBERT W., Die eidgenössische Verrechnungssteuer – I. Teil – Erläuterungen zu Art. 1 bis 20 des Gesetzes, Basel 1971; zit.: PFUND, Verrechnungssteuer I

PFUND ROBERT W. / ZWAHLEN BERNHARD, Die eidgenössische Verrechnungssteuer – II. Teil – Erläuterungen zu Art. 21 bis 33 des Gesetzes (Steuerrück-
erstattung), Basel 1985; zit.: PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II

PIETH MARK

- «Overcoming the Shadow Economy», ZStW 2017, 1053 ff.; zit.: PIETH, Shadow Economy
- Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016; zit.: PIETH, Wirtschaftsstrafrecht
- International standards against money laundering, in: Pieth Mark / Aiolfi Gemma (Hrsg.), A Comparative Guide to Anti-Money Laundering – A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA, Cheltenham/Northampton 2004, 3 ff.; zit.: PIETH, Standards

PODA ENDRIT, Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique, Diss. Genf 2018, Genf/Zürich/Basel 2019; zit.: PODA, Effets

POLLI NATACHA A., Client, ayant droit économique, bénéficiaire effectif: La CDB 2015 peut-elle concilier lutte contre le blanchiment et conformité fiscale?, SZW 2014, 175 ff.; zit.: POLLI, Client

PUPPE INGEBOURG, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl., Göttingen 2019; zit.: PUPPE, Schule

RAMELET NICOLAS, Geldwäschereibekämpfung bei Barzahlungsgeschäften – Staatliche Sterbehilfe für das Bargeld?, SZW 2016, 76 ff.; zit.: RAMELET, Geldwäschereibekämpfung

RAMPINI CORRADO / WIESER CHARLOTTE, Bundesgerichtliche Klarstellungen zum Begriff des indirekten Erwerbs und zur Stellung des Meldepflichtigen im Verfahren vor der FINMA – Besprechung des Urteils des schweizerischen Bundesgerichts vom 11. März 2010 in den Verfahren 2C_77/2009 und 2C_78/2009, GesKR 2010, 240 ff.; zit.: RAMPINI/WIESER, Klarstellungen

REICH MARKUS, Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechtsgrundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, FStR 2004, 3 ff.; zit.: REICH, Bereicherung

REINHARD-DEROO MATTHIAS, Beneficial Ownership – Basic and Federal Indian Law Aspects of a Concept, Diss. Bern 2013, Cham et al. 2014; zit.: REINHARD-DEROO, BO

RHINOW RENÉ A. / BAYERDÖRFER MANFRED, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht – Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission

im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel/
Frankfurt a.M. 1990; zit.: RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen

RICCARDI MICHELE / SAVONA ERNESTO U., *The identification of beneficial
owners in the fight against money laundering*, Trento 2013; zit.: RICCARDI/
SAVONA, *Identification*

RIEMER HANS MICHAEL, «Wirtschaftliche Betrachtungsweise» bei der Aus-
legung im Privatrecht (Gesetze und Rechtsgeschäfte)?, in: Walder Hans
Ulrich/Jaag Tobias/Zobl Dieter (Hrsg.), *Aspekte des Wirtschaftsrechts –
Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, Zürich 1994, 129 ff.; zit.:
RIEMER, *Betrachtungsweise*

ROBERTO VITO / TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), *Handkommentar zum Schwei-
zer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Ver-
gütungsverordnung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016; zit.: BEARBEITER-
CHK OR

RÖTHEL ANNE, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil. Erlangen-Nürn-
berg 2003, Tübingen 2004 (= JusPriv 91); zit.: RÖTHEL, *Normkonkretisie-
rung*

RÖTHLISBERGER ALAIN P., *Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Pub-
likumsgesellschaften*, Diss. Bern 1998 (= ASR 612); zit.: RÖTHLISBERGER,
Offenlegung

RÜTHERS BERND / FISCHER CHRISTIAN / BIRK AXEL, *Rechtstheorie – und
Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2022; zit.: RÜTHERS/
FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie*

RYSER MARC / WEBER ROLF H., *Aktienderivate im Offenlegungsrecht*, SZW 2010,
112 ff.; zit.: RYSER/WEBER, *Aktienderivate*

SCHENKER URS

- *Entwicklung des Offenlegungsrechts – Probleme und Brennpunkte der
Praxis*, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), *Entwick-
lungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, 359 ff.; zit.: SCHENKER, *Ent-
wicklung*
- *Die börsenrechtliche Meldepflicht bei Derivaten*, in: Tschäni Rudolf
(Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XI*, Zürich 2009 (= EIZ 96), 251 ff.; zit.:
SCHENKER, *Meldepflicht*
- *Schweizerisches Übernahmerecht*, Habil. St. Gallen 2009, Bern 2009;
zit.: SCHENKER, *Übernahmerecht*

- SCHILD TRAPPE GRACE, Die Evolution der Geldwäschereinormen in der Schweiz, recht 1999, 211 ff.; zit.: SCHILD TRAPPE, Evolution
- SCHINDLER NIELS / FLÜCKIGER LEONIE, Die revidierte Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, in: DACH (Hrsg.), «Compliance – Herausforderung oder Selbstverständlichkeit?», Zürich 2016 (= DACH Schriftenreihe 46); zit.: SCHINDLER/FLÜCKIGER, Standesregeln
- SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006; zit.: SCHLUEP, Rechtstheorie
- SCHMID NIKLAUS (Hrsg.)
- Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007; zit.: BEARBEITER-KEOVGI
 - Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2002; zit.: BEARBEITER-KEOVGI
- SCHMID NIKLAUS, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., ZStr 1995, 321 ff.; zit.: SCHMID, Einziehungsrecht
- SCHMIDT KARSTEN, Zivilistische Rechtsfiguren zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik – Exemplarisches zum Programm der Ringvorlesung, in: Schmidt Karsten (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik – Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1990 (= HAR 78), 9 ff.; zit.: SCHMIDT, Rechtsdogmatik
- SCHOCH CLAUDIA, Methode und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung – Eine Untersuchung von Theorie und Praxis anhand ausgewählter durch die Bundesverwaltung zu erteilender wirtschaftspolitischer Bewilligungen, Diss. Zürich 1984 (= ZStÖR 51); zit.: SCHOCH, Methode
- SESTER PETER / BRÄNDLI BEAT / BARTHOLET OLIVER / SCHILTKNECHT RETO (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Bd. I, Zürich / St. Gallen 2018; zit.: BEARBEITER-SGHB Finanzmarktrecht I
- SETHE ROLF / FAVRE OLIVIER / HESS MARTIN / KRAMER STEFAN / SCHOTT ANSGAR (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturensetzung FinfraG, Zürich 2017; zit.: BEARBEITER-SK FinfraG
- SPOERLÉ PHILIP
- Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, GesKR 2019, 339 ff.; zit.: SPOERLÉ, Marginalisierung

- Die Inhaberaktie – Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Diss. St. Gallen 2015, Zürich / St. Gallen 2015 (=SSHW 331); zit.: SPOERLÉ, Inhaberaktie
- Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten – Für Schweizer Kapitalgesellschaften und deren Anteilseigner, EF 2015, 733 ff.; zit.: SPOERLÉ, Transparenz

STAEHELIN DANIEL / BAUER THOMAS / LORANDI FRANCO (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 SchGG, Art. 51–58 AVIG, 3. Aufl., Basel 2021; zit.: BEARBEITER-BSK SchKG II

STANISLAS GUY, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque, SJ 1999 II, 413 ff.; zit.: STANISLAS, Ayant

STOYANOV KALOYAN / SANSONETTI PIETRO, Bénéficiaire effectif et mesures anti-abus dans la fiscalité internationale, ST 2014, 1176 ff.; zit.: STOYANOV / SANSONETTI, Bénéficiaire

STRATENWERTH GÜNTER

- Die Entwicklung der strafrechtlichen Normen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Berner Bankrechtstag 1999, Bern 1999 (=BBT 6), 17 ff.; zit.: STRATENWERTH, Entwicklung
- Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: Pieth Mark (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel / Frankfurt a.M. / Stuttgart 1992, 97 ff.; zit.: STRATENWERTH, Geldwäscherei

SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel/Zürich/Genf 2016; zit.: BEARBEITER-Komm. ZPO

TADDEI SERGIO, Der Begriff der wirtschaftlichen Verfügungsmacht im Steuerrecht, Diss. Basel 1973; zit.: TADDEI, Verfügungsmacht

TAUBE TAMARA, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Diss. St. Gallen 2013, Zürich / St. Gallen 2013 (=SGSF 9); zit.: TAUBE, Sorgfaltspflichten

TAUCHER JOSHUA RICHARD, Treuhändervinkulierung gemäss Art. 685d Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 2020, Zürich / St. Gallen 2020 (=SGSF 18); zit.: TAUCHER, Treuhändervinkulierung

TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC / TRIGO TRINDADE RITA (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530-1186 CO, Art. 120-141 LIMF, ORAb, Avec des introductions à la LFus et la LTI, 2. Aufl., Basel 2017; zit.: BEARBEITER-CR CO II*

THELESKLAF DANIEL / WYSS RALPH / VAN THIEL MARK / ORDOLLI STILIANO (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar zum GwG – Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2019; zit.: BEARBEITER-OFK GwG*

TRECHSEL STEFAN / PIETH MARK (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich / St. Gallen 2021; zit.: BEARBEITER-PK StGB*

TRIGO TRINDADE RITA, *Jurisprudence récente en droit bancaire privé, in: Thévenoz Luc / Bovet Christian (Hrsg.), Journée 2000 de droit bancaire et financier, Bern 2001, 215 ff.; zit.: TRIGO TRINDADE, Jurisprudence*

VAN DER DOES DE WILLEBOIS EMILE / HALTER EMILY M. / HARRISON ROBERT A. / PARKJI WON / SHARMAN J. C., *The Puppet Masters – How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It, Washington D.C. 2011; zit.: VAN DER DOES DE WILLEBOIS ET AL., Puppet*

VANN RICHARD, *Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us, in: Lang Michael / Pistone Pasquale / Schuch Josef / Staringer Claus / Storck Alfred (Hrsg.), Beneficial Ownership: Recent Trends, Amsterdam 2013, 267 ff.; zit.: VANN, Beneficial*

VISCHER MARKUS

- Prüfungsrecht und -pflicht der AG in Bezug auf das Aktieneigentum ihrer Aktionäre, v.a. auch im Zusammenhang mit den neuen Vorschriften des Global Forum-Gesetzes, *SZW 2020, 254 ff.; zit.: VISCHER, Prüfungsrecht*
- Erste Antworten zu von Art. 697i-697m OR und Art. 1-3 UeB betreffend Transparenz von Aktiengesellschaften aufgeworfenen Fragen, *Walder Wyss Newsletter Special Edition vom 1. Juli 2015; zit.: VISCHER, Antworten*

VISCHER MARKUS / GALLI DARIO

- Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR?, *AJP 2020, 1022 ff.; zit.: VISCHER/GALLI, 697j II*
- Praxisorientierter GAFI-Leitfaden, *Zürich 2017, zit.: VISCHER/GALLI, Leitfaden*
- Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, *SJZ 2016, 481 ff.; zit.: VISCHER/GALLI, 697j I*

WANK ROLF

- Juristische Methodenlehre – Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020; zit.: WANK, Methodenlehre
- Die juristische Begriffsbildung, Habil. Köln 1983, München 1985 (= SA-WRK 48/D); zit.: WANK, Begriffsbildung

WATTER ROLF / BAHAR RASHID (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz und zum Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019; zit.: BEARBEITER-BSK FINMAG/FinfraG

WATTER ROLF / VOGT NEDIM PETER / BAUER THOMAS / WINZELER CHRISTOPH (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013; zit.: BEARBEITER-BSK BankG

WEBER RALPH, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 1992, 516 ff.; zit.: WEBER, Konkretisierung

WEBER ROLF H.

- Rechtstaatliche Anforderungen für börsengesetzliche Meldepflichten, in: Jositsch Daniel / Schwarzenegger Christian / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), FS für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 653 ff.; zit.: WEBER, Anforderungen
- Börsenrechtliche Meldepflichten im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, in: Kunz Peter V. / Herren Dorothea / Cottier Thomas / Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – FS für Roland von Büren, Basel 2009, 769 ff.; zit.: WEBER, Meldepflichten

WEIDMANN MARKUS

- Realisation und Zurechnung des Einkommens, FStR 2003, 83 ff.; zit.: WEIDMANN, Realisation
- Einkommensbegriff und Realisation – Zum Zeitpunkt der Realisation von Ertrag und Einkommen im Handels- und Steuerrecht, Diss. Zürich 1995, Zürich 1996 (= ZStÖR 117); zit.: WEIDMANN, Einkommensbegriff

WIDMER LÜCHINGER CORINNE / OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020; zit.: BEARBEITER-BSK OR I

WIEDEMANN HERBERT, Rechtssicherheit – Ein absoluter Wert? – Gedanken zum Bestimmtheitserfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, in: Paulus Gotthard / Diederichsen Uwe / Canaris Claus-Wilhelm (Hrsg.), FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 199 ff.; zit.: WIEDEMANN, Rechtssicherheit

WIEGAND WOLFGANG, Zur Konvention XVI der Schweizerischen Bankiervereinigung, in: von Graffenried Rudolf (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 277 ff.; zit.: WIEGAND, Konvention

WÜST HANS, Die Geltendmachung der Konkursverlustforderung, Diss. Zürich 1981, Zürich 1983; zit.: WÜST, Konkursverlustforderung

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Zivile Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung – Urteilshinweise und dogmatische Überlegungen, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017 (= SBT 2017), 1 ff.; zit.: ZELLWEGER-GUTKNECHT, Rechtsfolgen

ZULAUF URS

- Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, FINMA SBull. 2/2013, 8 ff.; zit.: ZULAUF, Gewähr
- Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR 1994 II, 359 ff.; zit.: ZULAUF, Gläubigerschutz

ZWEIFEL MARTIN / BEUSCH MICHAEL (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 4. Aufl., Basel 2022; zit.: BEARBEITER-Komm. DBG

ZWEIFEL MARTIN / BEUSCH MICHAEL / BAUER-BALMELLI MAJA (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 2. Aufl., Basel 2012; zit.: BEARBEITER-Komm. VStG

ZWIEFELHOFER THOMAS, Die Sorgfaltspflichten des liechtensteinischen Geldwäschereirechts verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, Diss. St. Gallen 2007, Zürich/Basel/Genf 2007 (= SBR 85); zit.: ZWIEFELHOFER, Sorgfaltspflichten

ZYSSET PASCAL / NAGEL THOMAS, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2018, 140 ff.; zit.: ZYSSET/NAGEL, Geltungsbereich

Materialien, Regularien und Berichte

Die im Verzeichnis angegebenen Materialien, Regularien und Berichte werden in *alphabetischer* Reihenfolge aufgeführt.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 18. Oktober 1963, BBl1963 II 953 ff.; zit.: Botschaft VStGI

Botschaft über die Aenderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl1991 III 1 ff.; zit.: Botschaft SchKG

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BBl1989 II 1061 ff.; zit.: Botschaft StGB I

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Insidergeschäfte) vom 1. Mai 1985, BBl1985 II 69 ff.; zit.: Botschaft Insidergeschäfte

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993, BBl1993 III 277 ff.; zit.: Botschaft StGB II

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar 1993, BBl1993 I 1369 ff.; zit.: Botschaft BEHG

Botschaft zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes (Stärkung des Fremdkapitalmarkts) vom 14. April 2021, BBl2021 976 ff.; zit.: Botschaft VStG II

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, BBl1996 III 1101 ff.; zit.: Botschaft GwG

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl2015 8901 ff.; zit.: Botschaft FIDLEG/FINIG

Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl2014 7483 ff.; zit.: Botschaft FinfraG

- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff.; zit.: Botschaft Rechnungslegungsrecht
- Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 605 ff.; zit.: Botschaft GAFI
- Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018, BBl 2019 279 ff.; zit.: Botschaft Global Forum
- EFD, Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11. November 2015; zit.: Erläuterungsbericht GwV
- Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts – Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Januar 2022; zit.: Bericht Trust
- Erläuternder Bericht zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum über die Transparenz juristischer Personen und den Informationsaustausch im Bericht zur Phase 2 der Schweiz vom 17. Januar 2018; zit.: Erläuterungsbericht Global Forum
- FINMA, Finanzmarktinfrastrukturverordnung-FINMA – Erläuterungsbericht vom 20. August 2015; zit.: Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA
- GAFI, FATF Guidance – Transparency and Beneficial Ownership, Oktober 2014; zit.: GAFI, Transparency
- GAFI, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations, Paris 2012, letztmals aktualisiert im März 2022; zit.: GAFI-Empfehlungen
- Global Forum, Switzerland 2020 (Second Round) – Peer Review Report on the Exchange of Information on Request, Paris 2020; zit.: Global Forum, Review 2020
- Global Forum / IDB, Building Effective Beneficial Ownership Frameworks – A joint Global Forum and IDB Toolkit, Mai 2022; zit.: Global Forum / IDB, Frameworks

KGGT, National Risk Assessment (NRA): Geldwäschereirisiken bei juristischen Personen, November 2017; zit.: KGGT, Geldwäschereirisiken

OLS, Mitteilung der Offenlegungsstelle III/00 – Indirekter Erwerb und indirekte Veräusserung – Beherrschung von juristischen Personen, vom 29. November 2000, Version vom 20. September 2018; zit.: OLS, III/00

SIF, Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz – Ergebnisbericht, November 2018; zit.: SIF, Ergebnisbericht

The Secretariat of the Global Forum/IDB, A Beneficial Ownership Implementation Toolkit, März 2019; zit.: Global Forum/IDB, Toolkit

§ 1 Einleitung

I. Hintergrund und Relevanz

Der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung taucht in immer mehr Rechtsgebieten auf.¹ Die prominentesten² Beispiele sind diverse Bestimmungen im GwG (insb. Art. 4 GwG) sowie Art. 305^{ter} StGB über die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Die Verwendung des Begriffs beschränkt sich nicht auf Geldwäschereibestimmungen. So findet er auch im Finanzmarkt- und Börsenrecht³ sowie im Gesellschaftsrecht⁴ Verwendung. Gemäss BALKANYI-NORDMANN/REINHARD-DEROO hat «[k]aum eine andere Figur [...] in den vergangenen Jahren einen solch triumphalen Einzug in die Finanzwelt gehalten wie der «wirtschaftlich Berechtigte», er sei zum «steuer- und aufsichtsrechtlichen Anknüpfungspunkt schlechthin geworden.»⁵

In diesen einleitend genannten Beispielen wird in den jeweiligen Normen ausdrücklich der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten genannt. Es gibt auch diverse Bestimmungen, die andere Begriffe verwenden, die ebenfalls den wirtschaftlich Berechtigten zu bezeichnen scheinen. So rechnen z.B. die Art. 265 f. SchKG dem Schuldner Vermögenswerte (Dritter) zu, über die der Schuldner «wirtschaftlich verfügt».⁶ Diese Wendung wird als Hinweis auf eine wirtschaftliche Berechtigung des Schuldners an den fraglichen Vermögenswerten verstanden.⁷ Noch obskurer ist der Bezug zwischen dem

1 MATHEY, KYC, 126; DERS., Notion, 54: «omniprésent et fantomatique»; vgl. auch GEIGER, VSB, 169.

2 Für weniger bekannte Beispiele s. unten FN 40.

3 Bspw. in Art. 37 Abs. 1 lit. d FinfraV, Art. 3 lit. k FinfraV-FINMA, Art. 10 Abs. 1 und 2 FinfraV-FINMA, Art. 31 Abs. 1 lit. d BEHV, Art. 75 Abs. 1 lit. d FINIV.

4 Art. 697j OR.

5 BALKANYI-NORDMANN NADINE / REINHARD-DEROO MATTHIAS, Auf der Suche nach dem wirtschaftlich Berechtigten, Finews vom 25. Juli 2014; ähnlich ZELLWEGER-GUTKNECHT, Rechtsfolgen, 41: «Die wirtschaftliche Berechtigung dient schon länger als kardinaler Anknüpfungstatbestand im Kampf der Behörden gegen Fiskaldelikte, Geldwäsche und weitere Übel unserer Zeit.»

6 Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG, Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG.

7 KUSTER, Begriff, weist gleich im Titel seines Aufsatzes auf diesen Umstand hin («Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG»). Demgegenüber betrachtet EGLE, Anonymität, Rz. 385 diese Wendung nicht als Hinweis auf die wirtschaftliche Berechtigung des Schuldners, sondern sieht

«Recht zur Nutzung» gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG und der wirtschaftlichen Berechtigung.⁸

- 3 Auch rechtspolitisch gewinnt der Begriff an Relevanz. Vor dem Hintergrund diverser international beachteter Skandale (nicht selten mit Bezug zur Schweiz)⁹, wie bspw. der sog. «Panama Papers», und der damit verbundenen Transparenzdebatten hat der Begriff Eingang in die politische Diskussion in der Schweiz gefunden.¹⁰ Dabei ging bzw. geht es meist um die Transparenz hinsichtlich der Beteiligung an juristischen Personen, Trusts und ähnlichen Konstrukten.¹¹ In der EU hat diese Diskussion dazu geführt, dass die GWRL-4 die Mitgliedstaaten zur Führung sog. Transparenzregister mit Angaben zu den «wirtschaftlichen Eigentümern» verpflichtet.¹² Basierend auf dieser Verpflichtung haben alle Nachbarländer der Schweiz solche Register einge-

beide Begriffe als «gesetzliche Pflicht zu einer *personenbezogenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise*» [Hervorhebung im Original].

8 Vgl. etwa die Hinweise in FN 171.

9 ASCHWANDEN ERICH, Das skandalträchtigste Pflaster der Schweiz, NZZ vom 19. Februar 2020, 15.

10 Bspw. Interpellation 13.4288 (Volle Transparenz über wirtschaftlich Berechtigte an Rechtskonstrukten aller Art. Initiative des britischen Premierministers) von NR NUSSBAUMER; Motion 13.3356 (Registrierungspflicht für Trusts und andere Offshore-Konstrukte) von NR SCHNEIDER SCHÜTTEL; Interpellation 16.3305 (Panama Papers. Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten auf internationaler Ebene vorantreiben, Transparenz schaffen, Informationsaustausch mit Offshore-Finanzzentren anstreben) von NR WERMUTH; Postulat 16.3315 (Register der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen und Trusts) von NR LEUTENEGGER OBERHOLZER; Parlamentarische Initiative 16.434 (Panama Papers. Offshore-Gesellschaften aus der Schweiz verbannen) von NR SOMMARUGA; Motion 17.4251 (Paradise Papers. Juristische Personen und Trusts, Transparenz der wirtschaftlich Berechtigten, Register) von NR LEUTENEGGER OBERHOLZER; Anfrage 20.1014 (Änderung von Artikel 697l des Obligationenrechts und Zugriff auf das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen) von NR ROMANO; Postulat 20.3118 (Ausländisches Kapital in Schweizer Unternehmen, Handelsregister und wirtschaftliche Berechtigung. Statistik) von NR WEICHEL; Motion 21.4396 (Zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung muss ein Register über die wirtschaftlich Berechtigten an juristischen Personen und Trusts eingeführt werden) von NR HURNI; Postulat 22.3394 (Transparenz von Finanzflüssen) der Aussenpolitischen Kommission NR; Motion 22.3456 (Wer sind die wirtschaftlich Berechtigten?) von NR WEICHEL; Motion 22.3637 (Wer sind die wirtschaftlich Berechtigten?) von NR MAZZONE.

11 Vgl. Global Forum / IDB, Frameworks, 4.

12 Art. 30 f. GWRL-4; PIETH, Shadow Economy, 1059 spricht diesbezüglich von einer «neue[n] Ära»; s. auch Global Forum / IDB, Toolkit, 18 f. und 21 m.w.H. auch betreffend Nicht-EU-Staaten. Die uneingeschränkte öffentliche Verfügbarkeit der Angaben zum wirtschaftlichen Eigentümer wurde mit Urteil des EuGH vom 22. November 2022, WM (C-37/20), Sovim SA (C-601/20) gegen Luxemburg Business Registers, ECLI:EU:C:2022:912 für ungültig erklärt, da eine Verletzung der Grundrechte auf Privatsphäre und Datenschutz vorlag.

führt.¹³ Auch ausserhalb von Europa gibt es entsprechende Register, namentlich in den USA^{14, 15}

In der Schweiz gab es entsprechende Diskussionen ebenfalls.¹⁶ Ein vergleichbares Transparenzregister gibt es hierzulande aber (noch) nicht, auch wenn die entsprechende Forderung im Parlament schon erhoben wurde¹⁷ und der BR mittlerweile reagiert hat (dazu sogleich). Im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision (u.a.) der GAFI-Meldepflichten im OR¹⁸ wurde diese Forderung erneut erhoben.¹⁹ Dem Ansinnen wurde aber eine klare Absage erteilt.²⁰ Mit dem Update der GAFI-Empfehlungen per März 2022²¹ sowie der Ukraine-Krise²² hat das Anliegen erneut Eingang in die Debatte gefunden. U.a. mit Verweis auf das Update der GAFI-Empfehlungen hat der BR im Oktober 2022 mitgeteilt, dass «er das EFD beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem [EJPD] bis spätestens Ende Juni 2023 eine Gesetzesvorlage zu erarbeiten, um die Transparenz zu erhöhen und die Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen zu erleichtern. Die Vorlage soll insbesondere ein

13 Deutschland: § 18 ff. GwG-DE (das Register ist abrufbar unter transparenzregister.de); Frankreich: Art. L561-46 ff. Code monétaire et financier; Italien: Art. 21 Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231; Liechtenstein: Gesetz vom 3. Dezember 2020 über das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen von Rechtsträgern (VwvPG) (LR 952.8); Österreich: Bundesgesetz über die Einrichtung eines Registers der wirtschaftlichen Eigentümer von Gesellschaften, anderen juristischen Personen und Trusts (Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz – WiEReG).

14 31 U.S. Code § 5336.

15 So gibt es bspw. in Singapur und Ghana Offenlegungspflichten betreffend die wirtschaftlich Berechtigten (COSTE CYRIANE / MEUNIER FREDERIC / NOVIK NADIA / REEVES MORGANN / TJONG ERICK, Starting a Business – Transparency of information at business registries, in: The World Bank (Hrsg.), Doing Business 2018, Washington DC 2018, 39 ff., 39); s. auch oben FN 12; ferner Global Forum / IDB, Frameworks, 48.

16 Für diverse politische Vorstösse s. oben FN 10. Ausserhalb der parlamentarischen Politik votieren etwa JOSEPH STIGLITZ und MARK PIETH für solche Register (STIGLITZ JOSEPH E. / PIETH MARK, Overcoming the Shadow Economy, Berlin 2016, 16; PIETH, Shadow Economy, 1061). S. für eine Übersicht diverser Akteure und Initiativen EGLE, Anonymität, Rz. 1122 ff.

17 Votum RYTZ, AB NR 2019, 453; Votum BIRRER-HEIMO, AB NR 2019, 460; s. dazu auch unten FN 21.

18 S. dazu unten § 9.

19 SIF, Ergebnisbericht, 23 f.

20 Erläuterungsbericht Global Forum, 23 f.

21 Interpellation 22.3346 (Neue Empfehlungen der GAFI. Will der Bundesrat die Schaffung eines Registers über die wirtschaftlich Berechtigten beschleunigen?) von NR MAHAIM.

22 Frage 22.7324 (Beschlossene Russland-Sanktionen gegen sanktionierte Personen tatsächlich umsetzen: Task Force zur Ermittlung der tatsächlichen Vermögensstruktur und der tatsächlich wirtschaftlichen Berechtigten) von NR GLÄTTLI. Auch die Interpellation von NR MAHAIM (s. dazu oben FN 21) referenzierte die Ukraine-Krise.

zentrales Register zur Identifikation wirtschaftlich Berechtigter und neue Pflichten zur risikobasierten Aktualisierung von Informationen über effektiv Berechtigte einführen. Das Register soll für einschlägige Behörden, jedoch nicht öffentlich zugänglich sein.»²³

- 5 Die wirtschaftliche Berechtigung ist also national wie international, rechtlich wie rechtspolitisch, von zunehmender Relevanz. Das allein rechtfertigt eine genauere Betrachtung dieses Phänomens. Zu dieser steigenden Relevanz kommen – darauf ist sogleich einzugehen – dogmatische Unklarheiten hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung.

II. Problemstellung und Ziel

- 6 Die aufgezeigte Verbreitung des Begriffs der wirtschaftlichen Berechtigung scheint nicht selten getrieben vom Wunsch, mehr Transparenz zu schaffen und (damit) Missbrauch zu verhindern, da es das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung erlaubt, die willkürlichen Rechtsgestaltungen der Rechtsunterworfenen beiseitezuschieben und die «tatsächliche Situation» zu betrachten. Dass das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung in vielen Bereichen geeignet ist, gewisse Probleme anzugehen, soll hier nicht in Abrede gestellt werden,²⁴ ist aber nicht Thema dieser Untersuchung.
- 7 In Anbetracht der zunehmenden Verbreitung der wirtschaftlichen Berechtigung über sämtliche Rechtsgebiete drängen sich vielmehr einige grundlegendere Fragen auf: Wie, wenn überhaupt, hängen die verschiedenen Erscheinungen zusammen? Steckt *ein* (einheitliches) Konzept dahinter? Was ist wirtschaftliche Berechtigung in rechtsdogmatischer Hinsicht? Wie wirkt sich das auf den rechtspraktischen Umgang damit aus? Diesen Fragen soll für das (Schweizer) Bundesrecht, unter grundsätzlichem Ausschluss des internationalen Rechts,²⁵ in dieser Dissertation nachgegangen werden.
- 8 Für die einzelnen «Anwendungsfälle» (bspw. im GwG) ist die wirtschaftliche Berechtigung gut untersucht und dargestellt worden, wobei die Qualität der Beiträge sehr unterschiedlich ist. Nicht selten beschränken sie sich im

23 Medienmitteilung des BR (Bundesrat will die Transparenz bei juristischen Personen erhöhen) vom 12. Oktober 2022.

24 So schreibt etwa PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 3a, dass die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten «als das wichtigste Instrument in der Bekämpfung der Missbräuche von *offshore*-Finanzplätzen» gilt [Hervorhebung im Original]; dem folgend: MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 9.

25 Dies würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Damit ist nicht gesagt, dass das Thema im internationalen Recht nicht relevant wäre (s. dazu etwa unten Rz. 111 ff.).

Wesentlichen darauf, praxistaugliche Leitfäden zu formulieren, wie der wirtschaftlich Berechtigte im jeweiligen Kontext festzustellen ist. Dieser kasuistischen und oft detailorientierten Herangehensweise dürfte es geschuldet sein, dass die Frage nach systematischen Bezügen und allfälligen gemeinsamen konzeptuellen Grundlagen der wirtschaftlichen Berechtigung bisher unbeantwortet geblieben ist und diesem Phänomen entsprechend klare Konturen oder eine umfassende Definition fehlen.²⁶ In Anbetracht dieser Gemengelage wenig überraschend, mangelt es an Einlassungen, die sich mit den dogmatischen Grundlagen des Phänomens beschäftigen.

Ziel dieser Untersuchung ist entsprechend eine abstrahierende, systematisierende und rechtsgebietsübergreifende Betrachtung der wirtschaftlichen Berechtigung. Nur eine solche, die einzelnen Regelungen überspannende Herangehensweise vermag eine allfällige Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung aufzudecken bzw. zu entwickeln. Wie erwähnt, fehlt eine solche Betrachtung bis anhin.²⁷ Diese Untersuchung soll die Lücke schliessen. Die angestrebte dogmatische Betrachtung ist dabei nicht blosser Selbstzweck. Sie kann einerseits Widersprüche und Inkohärenzen aufzeigen und zum anderen Lösungsreservoir sowohl für die Praxis wie auch für künftige Normierungsvorhaben sein.

Aus der Hauptfrage nach der rechtsgebietsübergreifenden Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung ergeben sich diverse Vorfragen. Zu klären sind etwa die Fragen nach der Historie und allfälligen Verwandtschaften. Des Weiteren sind die verschiedenen «Anwendungsfälle» auf inhaltliche und strukturelle Ähnlichkeiten hin zu untersuchen. Erst dann kann eine fundierte dogmatische Betrachtung erfolgen. Daraus ergibt sich auch, was *nicht* Ziel dieser Untersuchung ist. Sie bezweckt insb. nicht, den wirtschaftlich Berechtigten zu beschreiben oder Anleitungen zu formulieren, wie der wirtschaftlich Berechtigte zu finden ist, sondern sie will – allen Unkenrufen²⁸ zum Trotz – die wirtschaftliche Berechtigung rechtsdogmatisch erfassen und einordnen.

26 BERISHA, Diffusion, 124 und 127; MATTHEY, KYC, 126; DERS., Notion, 54; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254; GEIGER, VSB, 169 ist (bezüglich des wirtschaftlich Berechtigten i.S.d. VSB) sogar der Ansicht, eine Definition erscheine «weder möglich noch sinnvoll»; weniger drastisch äussert sich ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254, der eine präzise Umschreibung für «[w]ahrscheinlich [...] nicht möglich» hält; ein wenig Hoffnung macht hingegen NOBEL, Herausforderungen, 220: «Wirtschaftliche Berechtigung» war streng genommen lange Zeit ein juristisches Anathema» [Hervorhebung hinzugefügt].

27 Auch wenn schon länger auf diesen Mangel hingewiesen wurde (s. bereits MEIERSCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 178 m.w.H.).

28 So geht DEDEYAN, Unternehmenskommunikation, 1031 von einem «vorrechtlichen» Tatbestand aus, und ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 253 weist warnend darauf hin, dass

III. Terminologie

- 11 Durch den Mangel an umfassenden Untersuchungen zum Thema hat sich naturgemäss noch keine einheitliche Terminologie durchgesetzt. Abgesehen davon, dass es keine einheitliche Definition der wirtschaftlichen Berechtigung gibt, werden – wie oben aufgezeigt – auch diverse andere Begriffe in die Nähe des Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten gerückt, ohne dass der Bezug ausreichend geklärt wäre. An dieser Stelle wird nicht auf die sich daraus allenfalls ergebenden Differenzierungen eingegangen. Es soll hier zunächst genügen, auf die wichtigsten Unterscheidungen hinzuweisen.
- 12 Der wirtschaftlich Berechtigte ist dasjenige Subjekt, das an einem bestimmten Objekt wirtschaftlich berechtigt ist. Welche Beziehung zwischen diesem Subjekt und dem Objekt erforderlich ist, damit Ersteres als wirtschaftlich berechtigt anzusehen ist, ist Gegenstand des Konzepts (des jeweiligen «Anwendungsfalls») der wirtschaftlichen Berechtigung. Der Begriff des Konzepts wird hier in einem nichttechnischen Sinne verstanden, als eine aus der Wahrnehmung abstrahierte Vorstellung. Ob es sich bei der wirtschaftlichen Berechtigung um eine Rechtsfigur, ein Rechtsinstitut oder Ähnliches handelt, muss hier noch offenbleiben.
- 13 Ob es überhaupt *ein* Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt, muss zunächst logischerweise ebenso offenbleiben.²⁹ Dies zu klären, ist ein Ziel dieser Arbeit. Das erklärt den Einschub in der obigen Rz. («des jeweiligen «Anwendungsfalls»»). Solange die Frage, ob es *ein* Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt, nicht geklärt ist, muss notwendigerweise davon ausgegangen werden, dass sich die Ausführungen zur wirtschaftlichen Berechtigung auf den jeweiligen «Anwendungsfall» beschränken. Der einfacheren Lesbarkeit halber wird ein solcher klarstellender Zusatz nur dort verwendet, wo es zum Verständnis zwingend erforderlich ist. Ansonsten beziehen sich die Ausführungen zur wirtschaftlichen Berechtigung grundsätzlich auf den jeweils referenzierten «Anwendungsfall».

«[d]ie eingehende Beschäftigung mit dem «wirtschaftlich Berechtigten» [...] bald in rechtliche Untiefen [führt]; ähnlich GEIGER (s. oben FN 26); LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 537 hält die juristische Erfassung gar für unmöglich; ähnlich BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 244; HEIM/WETTSTEIN-PK VSB, Art. 27 Abs. 1 N 10; vgl. ferner SCHENKER, Übernahmerecht, 99 FN 401.

29 Dies wird teilweise ohne weitere Begründung angenommen oder impliziert (vgl. etwa NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 203 ff.); s. für weitere Hinweise dazu unten Rz. 454 ff.

IV. Arbeitsdefinition

Wie erwähnt, gibt es keine allgemeingültige Definition der wirtschaftlichen 14
Berechtigung, und es ist unklar, ob es *ein* Konzept der wirtschaftlichen Be-
rechtigung gibt. Für die Strukturierung der Untersuchung und des Untersu-
chungsgegenstands muss deshalb eine Arbeitsdefinition entwickelt werden.

Der Begriff der Berechtigung suggeriert eine Subjekt-Objekt-Relation. 15
Ob es sich beim Objekt um ein Rechtsobjekt handeln muss oder ob bspw. ein
Rechtssubjekt in Frage kommt, muss hier naturgemäss noch offenbleiben. Ob-
jekt in diesem Sinne ist also nicht zwingend ein Rechtsobjekt. Dieser Begriff
soll hier lediglich diejenige Entität bezeichnen, die im Sinne einer passiven
Rolle einem Subjekt zugeordnet werden kann. Ähnliches muss zwangsläufig
für das Subjekt gelten; hier muss noch offenbleiben, ob es sich um ein Rechts-
subjekt handeln muss. Der Begriff «wirtschaftlich» legt zunächst eine Fokus-
sierung auf ökonomische Aspekte der fraglichen Beziehung nahe. Dieser Be-
griff wird in der Rechtswissenschaft aber regelmässig auch verwendet, um
eine transparente – im Sinne einer von formaljuristischen Gesichtspunkten
losgelösten – Betrachtung eines Sachverhalts anzuzeigen.³⁰ Er suggeriert vor-
liegend also eine Betrachtung unabhängig von den im Einzelfall vorliegenden
rechtlichen Beziehungen zwischen Subjekt und Objekt.

Im Sinne einer Arbeitsdefinition wird entsprechend davon ausgegangen, 16
dass das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung eine rechtliche Erfassung
einer transparenten Betrachtung von – noch näher zu bestimmenden – Sub-
jekt-Objekt-Relationen zum Inhalt hat.³¹ So betrachtet setzt sich das Konzept
aus drei Elementen zusammen: Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation.
Eine genauere Konturierung ist, derart abstrahiert von konkreten Anwen-
dungsfällen, ausgeschlossen, insb. da a priori keine Gemeinsamkeiten hin-
sichtlich Zweck, Historie und Systematik erkennbar sind.

30 S. dazu unten Rz. 755f.

31 Ähnlich (für das internationale Steuerrecht) BGE 141 II 447 E. 5.1: «der Begriff [der ef-
fektiven Nutzungsberechtigung dient] dazu, die Intensität der Beziehung zwischen
einem Subjekt und einem Steuerobjekt zu beurteilen»; vgl. dazu auch MENDES
DE LEON, Approach, 234 m.w.H.; dies stimmt «zumindest weitgehend überein» mit
dem Konzept im nationalen Verrechnungssteuerrecht (BGer 2C_383/2013 vom 2. Okto-
ber 2015 E. 4.1); ähnlich BAUMGARTNER, Konzept, 46 ebenfalls betreffend das Konzept
der Nutzungsberechtigung im (nationalen) Verrechnungssteuerrecht: «Abgestellt
wird auf die Intensität des Zusammenhangs zwischen derjenigen Person, welche die
Rückerstattung geltend macht (Subjekt), und dem massgeblichen Objekt»; vgl. ferner
EGLE, Anonymität, Überschrift vor Rz. 734 betreffend Art. 697j OR (s. dazu unten
FN 1207).

V. Gang der Untersuchung und Methode

- 17 Die Arbeit gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil werden ausgewählte Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Berechtigung aus allen Rechtsgebieten – d.h. öffentliches Recht, Privatrecht und Strafrecht – analysiert. Im zweiten Teil wird dann – füssend auf den Erkenntnissen aus dem ersten Teil, jedoch notwendigerweise von diesen abstrahiert – die wirtschaftliche Berechtigung als Konzept untersucht und im dritten Teil erfolgt die dogmatische Einordnung.
- 18 Im ersten Teil wird zunächst untersucht, woher der Begriff sowie das Konzept (bzw. allenfalls die Konzepte) der wirtschaftlichen Berechtigung kommen und wo sie ihren gesetzgeberischen Niederschlag gefunden haben. Danach werden ausgewählte Anwendungsfälle aus allen Rechtsgebieten einzeln dargestellt und analysiert (Vertikalbetrachtung). Gegenstand dieser Betrachtung sind Anwendungsfälle, die von der Doktrin³² gemeinhin als Spielarten der wirtschaftlichen Berechtigung verstanden werden.³³ Dabei geht es (nur) um eine Darlegung und Entfaltung des Ist-Zustandes, denn dieser ist der Untersuchungsgegenstand. Entsprechend werden allfällige (konzeptuelle) Unzulänglichkeiten aufgezeigt, aber nicht unbedingt behoben.
- 19 Im zweiten Teil werden im Rahmen eines Quervergleichs funktionale, inhaltliche und strukturelle Gemeinsamkeiten und Differenzen der im ersten Teil untersuchten Anwendungsfälle aufgezeigt (Horizontalbetrachtung).
- 20 In den ersten beiden Teilen werden also methodisch-systematisch Erkenntnisse über einzelne Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Berechtigung gesammelt und zueinander in Bezug gesetzt, um damit das (allenfalls) dahinterstehende Konzept zu ergründen. Es handelt sich somit um ein induktives Vorgehen.³⁴ Da induktive Schlüsse nicht zwingend sind,³⁵ bedürfen sie

32 Vgl. etwa EGLE, Anonymität, Rz. 740; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 15 ff.; MATTHEY-CR LBA, Art. 4 N 1; MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 38 ff.

33 Das – intuitiv naheliegende – Abstellen auf den Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung zur Auswahl der Untersuchungsgegenstände ist problembehaftet, da gleichlautende Begriffe nicht zwingend denselben Sinngehalt aufweisen (EMMENEGGER/TSCHECHSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 332; HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 266 f.; NIGGLI/KESHELAVA, Recht, 136 gehen noch weiter und postulieren, dass «[d]ie [...] weit verbreitete Vorstellung, dass jedes Wort eine Bedeutung hat und dass diese Bedeutung dem Wort zugeordnet ist, [...] sich als eine Fiktion [erweist]»).

34 Konzis zum induktiven Vorgehen in der Rechtswissenschaft etwa die methodischen Ausführungen bei WEIDMANN, Einkommensbegriff, XXXVI ff.; kritisch zum induktiven Vorgehen in der Rechtswissenschaft äussert sich etwa JOERDEN, Logik, 298, der darauf hinweist, dass damit «[a]m ehesten [...] das Denken des Gesetzgebers» abgebildet werden könne. Dieser Vorbehalt ist für diese Untersuchung insofern irrelevant, als das Ergründen eines durch den Gesetzgeber geschaffenen Konzepts das Ziel dieser Untersuchung ist. Auf die Induktion und die damit verbundenen Schwierigkeiten wird noch einzugehen sein (s. dazu unten Rz. 646 ff.).

35 Anstelle vieler: JOERDEN, Logik, 298.

der Absicherung.³⁶ Ein deduktives Vorgehen wurde verworfen, da eine deduktive Herangehensweise an den äusserst abstrakten Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung wenig erfolgversprechend erscheint. Je abstrakter nämlich ein Begriff, desto geringer ist sein Sinngehalt;³⁷ und gerade der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten bzw. der wirtschaftlichen Berechtigung weist einen hohen Abstraktionsgrad auf und hat einen geringen intrinsischen normativen Gehalt. Ausserdem wird es mit zunehmender Abstraktionshöhe schwieriger, die zugrundeliegenden Sinnzusammenhänge aufzuzeigen.³⁸ Gerade dieses Aufzeigen von Sinnzusammenhängen ist aber eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtswissenschaft.³⁹ Dies ist am ehesten möglich, wenn der zu untersuchende Begriff im Zusammenhang mit dem jeweiligen Normgefüge und nicht von Anfang an in abstrahierter Weise untersucht wird. Deshalb folgt die Abstraktion bzw. die Betrachtung auf konzeptueller Ebene erst in den Teilen II und III, da im Teil I zuvor die Sinnzusammenhänge in der Detailbetrachtung im sinngebenden Normgefüge offengelegt wurden. Aus demselben Grund fokussiert die Darstellung in Teil I v.a. auf eine Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre. Die (normative) Tragweite der wirtschaftlichen Berechtigung erschliesst sich aufgrund ihrer geringen normativen Dichte am besten in Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Lehre.

Basierend auf den in Teil II herausgeschälten inhaltlichen und strukturellen Gemeinsamkeiten und Differenzen, geht es in Teil III darum, rechtsgebietsübergreifende Grundsätze im Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung zu finden, also die dogmatischen Grundlinien darzulegen und diese in Beziehung zu anderen juristischen Konzepten zu setzen. Abschliessend ist aufzuzeigen, wie sich die erarbeiteten rechtsdogmatischen Eigenschaften auf die Rechtsanwendung und auf allfällige Rechtssetzungen auswirken (sollten). 21

36 WEIDMANN, Einkommensbegriff, XLIII.

37 LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 283 und 285.

38 LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 285 f.; s. auch das Beispiel a.a.O., 288 f.

39 LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 263.

Teil I:

Vertikalbetrachtung

§2 Vorbemerkungen zu Teil I

- 22 Im ersten Teil dieser Untersuchung werden verschiedene Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Berechtigung, nach einem kurzen historischen Abriss, in verschiedenen Anwendungsgebieten des Schweizer Bundesrechts (unter Ausklammerung des internationalen Rechts) dargestellt und analysiert. In Anbetracht der beinahe ubiquitären⁴⁰ Verbreitung (zumindest des Begriffs) wird dabei eine Auswahl getroffen; betrachtet werden die jeweils wichtigsten Anwendungsfälle. Damit fallen insb. die diversen (v.a. technischen) Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen ausser Betracht, die den wirtschaftlich Berechtigten jeweils in einem – im Erlasskontext völlig untergeordneten – Punkt ohne weitere Auseinandersetzung erwähnen.⁴¹ Aufgrund seiner eher geringen praktischen Bedeutung und seiner vorwiegend politischen Natur wird das SRVG ausgeklammert.⁴²
- 23 Die einzelnen Betrachtungen werden mit einem kurzen Überblick über den Normkontext, den Funktionszusammenhang und die Historie der wirtschaftlichen Berechtigung im jeweiligen Anwendungsfall eingeleitet. Anschliessend werden Zweck und Funktion sowie, basierend auf der eingangs entworfenen Arbeitsdefinition, Subjekt, Objekt und die Subjekt-Objekt-Relation dargestellt und analysiert. Aufgrund der regelmässig geringen normativen Dichte der zu untersuchenden Anwendungsfälle basiert diese Analyse auf der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie der (meist reichhaltigen) Doktrin.

40 S. etwa Art. 8 Abs. 1 AIAV; Art. 41b Abs. 2 AIG; Art. 15 Abs. 1 lit. b AVV, Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV; Art. 6a Abs. 2 AwG; Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BGS; Art. 48h Abs. 1 BVV 2, Art. 48i Abs. 2 BVV 2, Art. 48l Abs. 1 BVV 2; Art. 72d Abs. 1 lit. d FHV; Art. 3 Abs. 1 lit. b SRVG, Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 SRVG, Art. 4 Abs. 1 lit. b SRVG, Art. 4 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 SRVG, Art. 14 Abs. 2 lit. a SRVG, Art. 15 Abs. 1 lit. a SRVG; Art. 15 Abs. 2 VAWG, Art. 16 Abs. 1 lit. b VAWG; Art. 7 Abs. 1 und 2 VGS, Art. 8 Abs. 1, 2, 5 und 8 VGS, Art. 10 Abs. 1, 2 und 5 VGS; Art. 3 Abs. 1 VKB; Art. 72b Abs. 2 VZAE, Art. 72c Abs. 1 lit. b VZAE. Daneben gibt es diverse Beispiele aus dem internationalen Recht (das nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist), wie bspw. der UBS-Staatsvertrag und das FATCA-Abkommen, aber auch überraschendere, wie z.B. der Anhang der PCT-AO.

41 Diesbezüglich exemplarisch sind die verschiedenen Normen, welche die wirtschaftlich Berechtigten von Ausfertigungsstellen für Ausweise erwähnen (s. die oben in FN 40 zitierten Normen aus dem AIG, AwG sowie den dazugehörigen Verordnungen).

42 Es handelt sich beim SRVG um einen «höchst subsidiären verwaltungsrechtlichen Notbehelf» (MEYER, SRVG, 292). Ausserdem handelt es sich um ein (ausser-)politisches Instrument (vgl. etwa die Botschaft zum Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen vom 21. Mai 2014, BBl 2014 5265, 5266 f., 5280 ff., 5289, 5297, 5347; MEYER, SRVG, 302 f., 305, 319 f., 323; s. auch die Kompetenzverteilung gemäss Art. 3 Abs. 1 und 3 SRVG, Art. 4 Abs. 1 etc. SRVG).

§3 Historische Entwicklung

Im Folgenden soll in einem kurzen historischen Abriss aufgezeigt werden, wo und wann der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung zum ersten Mal in der schweizerischen Rechtsordnung aufgetaucht ist. Anschliessend soll dessen Verbreitung nachgezeichnet werden. 24

In Anbetracht der Schwierigkeiten, die schon nur das Feststellen der ersten Begriffsverwendung mit sich bringt,⁴³ würde eine Erforschung der Geschichte des Konzepts der wirtschaftlichen Berechtigung den Rahmen dieser Arbeit sprengen; es wäre dies ausreichend Stoff für eine eigene (rechts-historische) Untersuchung. Die nachfolgenden Ausführungen zur historischen Entwicklung beschränken sich deshalb grundsätzlich auf die Begriffsgeschichte. 25

I. Erstes Auftauchen

Den Zeitpunkt zu bestimmen, in dem ein Rechtsbegriff in einer Rechtsordnung auftaucht, ist eine schier unmögliche Aufgabe. Eine zweifelsfreie Feststellung des fraglichen Zeitpunktes wäre nur nach Lektüre sämtlicher Rechtstexte der betreffenden Rechtsordnung möglich.⁴⁴ Um den Hintergrund und die Verbreitung des Begriffs in der schweizerischen Rechtsordnung zu verstehen, ist es dennoch unerlässlich, diesen Zeitpunkt – zumindest im Sinne einer begründeten Annahme⁴⁵ – zu bestimmen. 26

Im Jahr 1977 lautete der Eintrag im Handbuch des Geld-, Bank-, und Börsenwesens der Schweiz zum Stichwort «Beneficial Ownership» wie folgt: «Spezifisch anglo-amerikanischer Ausdruck zur Bezeichnung des wirklichen Eigentümers, der nur eine natürliche Person sein kann. Im kontinentalen Recht ist dieser Begriff unbekannt.»⁴⁶ In der Folgeauflage aus dem Jahr 1987 entfiel der 27

43 S. dazu unten Rz. 26.

44 BORS, Figur, 221.

45 Ein solcher Zeitpunkt kann «immer nur *faute de mieux*» bestimmt werden (BORS, Figur, 221 [Hervorhebung im Original]).

46 ALBISETTI EMILIO / BODMER DANIEL / BOEMLE MAX / GSELL MAX / RUTSCHI ERNST (Hrsg.), Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Aufl., Thun 1977, 139. Es ist anzumerken, dass hier mit dem «wirtschaftlichen Eigentümer» ein weiterer, gemäss diesen Autoren synonymem Begriff für den wirtschaftlich Berechtigten erwähnt wird (vgl. dazu ferner unten Rz. 873 ff.).

zweite Satz dieser Umschreibung, und es wurde stattdessen darauf hingewiesen, dass gemäss der VSB 82 der wirtschaftlich Berechtigte festzustellen sei.⁴⁷

28 Überhaupt wird regelmässig auf die VSB verwiesen, wenn es um die erste Verwendung des Begriffs in der Schweiz geht.⁴⁸ Dies ist nachfolgend genauer zu untersuchen. Zunächst soll aber der Frage nachgegangen werden, ob nicht im Rahmen des Verrechnungssteuerrechts noch vor der VSB das Konzept (nicht der Begriff) der wirtschaftlichen Berechtigung verwendet wurde. Bevor auf Art. 305^{ter} StGB als mutmasslich erste Begriffsverwendung im objektiven Recht eingegangen wird, soll in einem Zwischenschritt auf das MoU Insider Trading sowie die damit verknüpfte Konvention XVI eingegangen werden.

A. Verrechnungssteuergesetz

29 Das Verrechnungssteuerrecht enthält mit dem «Recht zur Nutzung» einen Begriff, der immer wieder mit der wirtschaftlichen Berechtigung in Verbindung gebracht wird.⁴⁹ Dieser Begriff wurde aus dem Vorläufer des VStG, dem VStB, übernommen.⁵⁰ Das Recht zur Nutzung fand im Jahr 1944 bzw. 1945 (Jahr der Inkraftsetzung) Eingang in den VStB.⁵¹

30 Ungeachtet der frühen Einführung dieses Begriffs und dessen Nähe zur wirtschaftlichen Berechtigung ist klar, dass das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung nicht derart früh Eingang ins Verrechnungssteuerrecht gefunden hat. In der Frühphase des Verrechnungssteuerrechts herrschte nämlich beim Recht zur Nutzung eine formalistische Betrachtungsweise vor,⁵² die in einem starken Gegensatz zum heute gemeinhin vorherrschenden Verständnis der wirtschaftlichen Berechtigung steht. Wann genau der Wandel von der formalistischen zur neueren wirtschaftlichen Betrachtungsweise vollzogen wurde, ist schwer zu sagen. Mit Blick auf die Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre drängt sich das Jahr 1985 als Wendepunkt auf. In diesem Jahr hat sich das Bundesgericht gegen eine formalistische Betrachtungsweise ausgesprochen,⁵³ und in der Lehre wurde danach, soweit ersichtlich und mit Ausnahme von PFUND/ZWAHLEN⁵⁴, keine

47 ALBISETTI ET AL., Handbuch, 139.

48 S. etwa BRÜGGER, Transparenz, 85; GRABER, Geldwäscherei, 189; KUSTER, Begriff, 290; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 253.

49 S. dazu unten Rz. 69.

50 Vgl. Botschaft VStG I, 977 sowie Art. 7 Abs. 1 VStB.

51 S. dazu unten Rz. 70 sowie FN 173 zur Situation im aVStB.

52 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1454; PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.19.

53 S. dazu unten Rz. 92 f.

54 S. dazu unten Rz. 79.

formalistische Betrachtungsweise mehr postuliert.⁵⁵ Vor diesem Zeitpunkt war das Recht zur Nutzung, aufgrund seiner formalistischen Natur, konzeptuell weit von der wirtschaftlichen Berechtigung entfernt. Ob das Recht zur Nutzung danach als Anwendungsfall der wirtschaftlichen Berechtigung gelten kann, ist im Teil II dieser Untersuchung zu klären.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung im Verrechnungssteuerrecht nicht auftaucht. Allenfalls, und das wird noch zu klären sein, hat das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung (oder evtl. ein verwandtes Konzept), ungefähr Mitte der 1980er-Jahre Eingang ins VStG gefunden, und zwar über ein neues Verständnis des Rechts zur Nutzung⁵⁶.

B. VSB

Einleitend ist zu erwähnen, dass hier die Begriffsgeschichte in der schweizerischen Rechtsordnung, also im objektiven Recht, aufgezeigt werden soll.⁵⁷ Damit stellt sich die Frage, ob die VSB als objektives Recht zu qualifizieren ist.⁵⁸ Ein Grossteil der Lehre, das Bundesgericht und die FINMA verneinen dies.⁵⁹ Spätestens seit der Anerkennung der VSB als Mindeststandard i.S.v. Art. 7 Abs. 3 FINMAG durch die FINMA⁶⁰ kann mit guten Gründen auch das Gegenteil vertreten werden.⁶¹ Ohne diese Frage abschliessend zu klären, wird die VSB hier kurz beleuchtet.⁶² Sie ist für die Entwicklung des Geldwäschereirechts⁶³ und damit für die Begriffsgeschichte der wirtschaftlichen Berechtigung von grosser Bedeutung.⁶⁴

Die erste Fassung der VSB stammt aus dem Jahr 1977.⁶⁵ Diese enthielt den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten nicht;⁶⁶ es war damals in Art. 3

55 S. dazu unten Rz. 94 ff.

56 S. dazu unten § 4.

57 S. dazu oben Rz. 24.

58 Detailliert dazu GEIGER, VSB, 24 ff.; ferner WINZELER-BSK BankG, Art. 3 N 26 ff.

59 JUTZI, Mindeststandards, 205 f.; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 340 m.w.H.

60 Erstmals als Mindeststandard anerkannt wurde die VSB im Jahr 1987 durch die EBK (FRIEDLI, Standesregeln, 37).

61 Vgl. JUTZI, Mindeststandards, 214; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 340; FRIEDLI, Standesregeln, 33 f. und 39 ff. sowie GEIGER, VSB, 31 ff. stellen auf die Inkraftsetzung des GwG ab.

62 S. zur Geschichte des wirtschaftlich Berechtigten in der VSB: POLLI, Client, 176 f.

63 Vgl. dazu unten Rz. 51, Rz. 60, Rz. 62 f.; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 322 a.E. bezeichnet sie als «Prototyp des GwG».

64 Vgl. MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 177; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 205, § 6 Rz. 176; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 244 f.

65 FRIEDLI, Standesregeln, 32; GEIGER, VSB, 4.

66 A.M. JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 108; s. aber sogleich ad FN 69.

VSB 77 noch vom «wahren Berechtigten» die Rede.⁶⁷ Die begriffliche Nähe zum wirtschaftlich Berechtigten ist jedoch offenkundig, und der Normzweck der Missbrauchsverhinderung bezüglich Strohmännern und Scheingesellschaften⁶⁸ fügt sich ins gemeine Bild der wirtschaftlichen Berechtigung ein. Zudem enthielten die Erläuterungen zur VSB 77 den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten.⁶⁹ Vor diesem Hintergrund ist es plausibel, dass auch das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung im Jahr 1977 Eingang in die VSB gefunden hat.⁷⁰ Mit der VSB 82 wurde der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten dann in die VSB selbst aufgenommen.⁷¹

34 Was das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung anbelangt, wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass dieses bereits vor der VSB bekannt gewesen sei. Namentlich ein Zirkular der SBVg aus dem Jahr 1944 wird als Beleg angeführt.⁷² Dieses mahnte die Banken, unter Hinweis auf die Gefahr von Beute- und Fluchtgeldern, jeweils auf «die wirklichen und tatsächlichen Verhältnisse» abzustellen, wobei «die rechtliche Form allein [...] nicht als massgebend» zu betrachten sei, sondern «die wirklichen Eigentumsverhältnisse» bzw. «die wirkliche Begünstigung das einzig ausschlaggebende Kriterium» seien.⁷³ Es ist dies eine fast mustergültige Schlagwortsammlung betreffend wirtschaftliche Berechtigung. Entsprechend ist die Annahme, das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung habe in diesem Zirkular seinen Niederschlag gefunden, durchaus begründet.⁷⁴ Diese Frage wird hier nicht weiter vertieft, da es sich bei diesem Zirkular nicht um objektives Recht handelt.

35 Der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung ist also seit dem Jahr 1982 in der VSB enthalten, das Konzept evtl. schon seit der VSB 77, wobei das Konzept

67 S. ferner Art. 12 VSB 77, der die Banken verpflichtete, die Kundenbeziehung u. a. dann abzubrechen, wenn sich die Angaben über den «wahren Berechtigten» als unzutreffend herausstellen sollten.

68 MATTHEY, Notion, 55; STANISLAS, Ayant, 416.

69 GALLIKER, Banking, 15; GEIGER, VSB, 118; NOBEL, Standesregeln, 156.

70 So etwa MATTHEY, Notion, 55; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 46, ferner § 6 Rz. 170 und Rz. 176f.

71 MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 15; NOBEL, Standesregeln, 156; PODA, Effets, 48; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 104 FN 461.

72 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 243 FN 738; BRÜGGER, Transparenz, 85 FN 1; DE CAPITANI-KEOVGIL, GwG 4 N 31 FN 68; FRIEDLI, Standesregeln, 34 f. (mit Wiedergabe der relevanten Stellen a. a. O., 35); GEIGER, VSB, 53 f.; MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 1.

73 Zirkular des Verwaltungsrats der SBVg vom 19. September 1944, zitiert nach FRIEDLI, Standesregeln, 34.

74 Anzumerken ist, dass SCHMID im Jahr 1957 festhielt: «Swiss law does not know the term beneficial ownership as a *terminus technicus*. It only knows legal ownership» (SCHMID RENÉ M., Corporate Control in Switzerland, The American Journal of Comparative Law 1957, 27 ff., 35 FN 48 [Hervorhebung im Original]).

u.U. bereits in einem Zirkular aus dem Jahr 1944 enthalten war. Es handelt sich bei diesen Regularien nicht um objektives Recht, jedenfalls nicht vor der Anerkennung der VSB als Mindeststandard i.S.v. Art. 7 Abs. 3 FINMAG.

C. Bankengesetz

Seit dem 1. Januar 2020 enthält das BankG den Begriff des wirtschaftlich Be- 36
rechtigten. Art. 14b BankG statuiert nämlich seither eine Melde- und Verzeich-
nispflicht für Genossenschaftsbanken, indem auf die GAFI-Meldepflichten
im OR verwiesen wird.⁷⁵ Vor diesem Zeitpunkt wurde der Begriff im BankG,
soweit ersichtlich, nicht verwendet. Als Ort der ersten Begriffsverwendung
kommt das BankG also nicht in Frage.

Es wird in der Lehre jedoch teilweise vertreten, die Pflicht zur Feststel- 37
lung des wirtschaftlich Berechtigten sei via das Gewährserfordernis (Art. 3
Abs. 2 lit. c BankG) im BankG eingeführt worden. Das Gewährserfordernis
selbst verweist nicht auf die wirtschaftliche Berechtigung,⁷⁶ doch dient diese
Generalklausel bisweilen als Einfallstor für rechtspolitische Anforderungen
in die Bankenaufsicht.⁷⁷ Dies gilt auch für die Anforderungen betreffend Geld-
wäschereibekämpfung.⁷⁸

Hintergrund dieser Überlegungen ist einerseits die Praxis der EBK und 38
sind andererseits zwei BGE. Im Jahr 1979 hat die EBK verlangt, die Banken müss-
ten die wirtschaftlichen Hintergründe von Geschäften klären.⁷⁹ Dieser Ent-
scheid wurde später vom Bundesgericht geschützt,⁸⁰ ohne dass sich das Gericht
zum wirtschaftlich Berechtigten geäußert hätte.⁸¹ In den 1980er-Jahren hat

75 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 9060; s. dazu auch unten § 9.

76 Umgekehrt gab es bereits in Art. 14 Abs. 5 VSB 77 eine Verknüpfung von wirtschaftli-
cher Berechtigung und Gewährserfordernis.

77 WINZELER-BSK BankG, Art. 3 N 25; vgl. ferner MAURENBRECHER/ECKERT, Gewährser-
fordernis, 147; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 Rz. 183; KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 12
Rz. 49 weist darauf hin, dass das Gewährserfordernis gar «ethisch aufgeladen» wurde.

78 WINZELER-BSK BankG, Art. 3 N 25; ferner MAURENBRECHER/ECKERT, Gewährserfor-
dernis, 150; ZULAUF, Gewähr, 25 f.

79 Verfügung der EBK vom 7. März 1979, EBK Bull. 7/1980, 9 ff.; s. hierzu AELLEN, Ge-
währ, 130 f.; GALLIKER, Banking, 97 ff.; detailliert zur Entwicklung: JUNOD, Garan-
tie, 96 ff.; anscheinend hat diese Praxis sogar die Empfehlungen der GAFI beeinflusst
(ZULAUF, Gewähr, 25).

80 BGE 106 Ib 145; ferner EBK Bull. 7/1980, 13 f.; bestätigt in BGE 111 Ib 126 E. 2. a) sowie
BGE 119 IV 28 E. 3. f).

81 Erwähnenswert ist zumindest die folgende Bemerkung in BGE 106 Ib 145 E. 2. b) S. 148:
«Es erscheint deshalb fraglich, ob sich der Zweck des Geschäftes nicht darin erschöpft,
den wirklichen Eigentümer der Titel noch anonymer zu machen – ein Ziel, dessen
Rechtmässigkeit zum vorneherein als zweifelhaft erscheint.»

die EBK zunächst die VSB als Hilfsmittel zur Konkretisierung des Gewährserfordernisses bezeichnet und später die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten, gestützt auf das Gewährserfordernis, zur Pflicht erhoben.⁸² In derselben Dekade hat das Bundesgericht in zwei Entscheiden festgehalten, die Banken müssten vor dem Hintergrund des Gewährserfordernisses die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts abklären.⁸³ Das Gericht nahm dabei zwar keinen Bezug auf den wirtschaftlich Berechtigten, doch wird in der Lehre der Schluss gezogen, diese Entscheide würden im Ergebnis eine Pflicht zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten statuieren.⁸⁴

- 39 Vor diesem Hintergrund kann mit guten Gründen vertreten werden, das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung aus der VSB habe in den 1980er-Jahren über die Generalklausel des Gewährserfordernisses Eingang ins BankG gefunden. Die «berühmteste und kontroverseste Bestimmung der geltenden Schweizer Finanzmarktgesetzgebung»⁸⁵ als Steigbügelhalterin für die (kontrovers und immer verbreiteter diskutierte) wirtschaftliche Berechtigung im Schweizer Recht – das wäre bemerkenswert. Diese Einführung durch die Hintertür ist nicht ohne Kritik geblieben und es kann mit Fug gefragt werden, ob dies wirklich die Einführung des Konzepts im objektiven Recht war. Es handelt sich lediglich um eine behördliche Praxis, die vom Bundesgericht – soweit ersichtlich – nie ausdrücklich aufgenommen wurde, wenn auch das Gericht sie duldete.⁸⁶ Eine wirkliche Klärung blieb wahrscheinlich deshalb aus, da die baldige Einführung von Art. 305^{ter} StGB und GwG die Frage obsolet werden liess.

D. MoU Insider Trading und Konvention XVI

- 40 Bevor Insiderhandel im schweizerischen Recht unter Strafe gestellt wurde, konnte die Schweiz (insb. den USA) aufgrund der fehlenden beidseitigen

82 AELLEN, Gewähr, 132 und 143 ff.; GALLIKER, Banking, 95 ff.; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 14 m.w.H.; ferner ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 242 sowie Rz. 53; kritisch DECAPITANI-KEOVG II, Verfassungsgrundlagen N 14.

83 BGE 108 Ib 186 E. 3.; BGE 111 Ib 126 E. 2. a); RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen, Rz. 104 FN 155 nennen noch BGE 109 Ib 146 E. 2. d), was m.E. nicht zutreffend ist, da sich das Gericht ebd. lediglich mit der Rechtsnatur der VSB auseinandersetzt, nicht mit den daraus fliessenden Pflichten.

84 BISCHOF, Gewähr, Rz. 181; GRABER, Geldwäscherei, 187 f.; KLAUSER, Aspekte, 384; MAURENBRECHER/ECKERT, Gewährserfordernis, 147 f.; NOBEL, Standesregeln, 156 ff.; RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen, Rz. 104, kritisch: a.a.O., Rz. 194 ff.; vgl. ferner JUNOD, Garantie, 111 f., 130 f.

85 ZULAUF, Gewähr, 15.

86 BISCHOF, Gewähr, Rz. 181 bezeichnet die – gestützt auf das Gewährserfordernis geschaffenen – Regeln als «nicht materiellgesetzliche Berufsregeln».

Strafbarkeit in solchen Fällen regelmässig keine Rechtshilfe leisten.⁸⁷ Diesen Mangel sollte das im Jahr 1982 zwischen der Schweiz und den USA abgeschlossene MoU Insider Trading beheben,⁸⁸ zumindest provisorisch bis zur Einführung entsprechender gesetzlicher Grundlagen in der Schweiz.⁸⁹ Da es sich beim MoU Insider Trading nicht um einen völkerrechtlich bindenden Vertrag handelte,⁹⁰ konnte es das Problem der beidseitigen Strafbarkeit nicht direkt lösen.⁹¹ Um trotz dieses Mangels und des Bankkundengeheimnisses die gewünschten Daten liefern zu können, wurde ein weiteres Provisorium eingesetzt:⁹² die Konvention XVI. Hierin kommt die wirtschaftliche Berechtigung ins Spiel.

Die Konvention XVI war eine privatrechtliche⁹³ Vereinbarung zwischen 41
der SBVg und den unterzeichnenden Banken.⁹⁴ Sie war im MoU Insider Trading vorgesehen und als Anhang dazu dessen Bestandteil.⁹⁵ Die Konvention XVI legte die Bedingungen und das Verfahren für eine Informationsweitergabe durch die Banken fest.⁹⁶ Zu diesen Informationen gehörten Angaben zum Kunden,⁹⁷ wobei der Kundenbegriff der Konvention XVI den wirtschaftlich Berechtigten i.S.d. VSB 82 miteinschloss.⁹⁸

Die Konvention XVI hat also, vor dem Hintergrund grossen Drucks seitens 42
der USA, den wirtschaftlich Berechtigten einmal mehr in den rechtlichen

87 Vgl. Botschaft Insidergeschäfte, 71 f. und 74; GREENE, Insider, 26 und 29 ff.; HONEGGER, Demystification, 18 f., 21; ausführlicher zu den Hintergründen: FRIEDLI, Insider-Geschäfte, 246 f., 252 ff.; HONEGGER, Demystification, 8 ff.

88 MoU Insider Trading, II. 2. ff.; GREENE, Insider, 26; ferner GOEBL, Konvention, 25 f. Die Probleme betrafen nicht nur den Insiderhandel, sondern auch die «disclosure of beneficial ownership by certain persons who acquire more than five per cent of a class of securities» (GREENE, Insider, 33 [Hervorhebung hinzugefügt]).

89 GREENE, Insider, 26; vgl. auch FRIEDLI, Insider-Geschäfte, 261.

90 GOEBL, Konvention, 25 f.; HONEGGER, Offenlegungspflichten, 242; DERS., Demystification, 36.

91 Vgl. Botschaft Insidergeschäfte, 74.

92 Vgl. Art. 11 Abs. 2 Konvention XVI; GREENE, Insider, 34; HONEGGER, Offenlegungspflichten, 243. Nichtsdestotrotz handelte es sich bei der Konvention XVI um ein Schlüsselement des MoU Insider Trading (HONEGGER, Demystification, 24).

93 MoU Insider Trading, III. 1.; BGE 112 Ib 145 E. 2.; Botschaft Insidergeschäfte, 70, 72; differenzierend GOEBL, Konvention, 39 f., der die Konvention XVI «im Grenzbereich vom öffentlichen und privaten Recht» sieht (a.a.O., 40 a.E.).

94 GOEBL, Konvention, 17; ferner WIEGAND, Konvention, 280; für weitere Literatur zur Konvention XVI s. die Hinweise bei FRIEDLI, Insider-Geschäfte, 260 FN 38. Die Konvention trat per 1. Januar 1983 in Kraft (HONEGGER, Demystification, 24).

95 Vgl. MoU Insider Trading, I. 7., III. 2.; WIEGAND, Konvention, 278.

96 Konvention XVI, *passim*; MoU Insider Trading, III. 1. ff.; Botschaft Insidergeschäfte, 72; GOEBL, Konvention, 18 f.

97 Art. 4 Ziff. 3 lit. a Konvention XVI.

98 Art. 6 Konvention XVI.

Diskurs eingebracht, wenn auch über verschlungene Pfade: von einer völkerrechtlich nicht bindenden Absichtserklärung (MoU Insider Trading), über deren Anhang, der zu einer privatrechtlichen Vereinbarung wurde (Konvention XVI), die den wirtschaftlich Berechtigten zwar nannte, für dessen Bestimmung aber wiederum auf eine weitere privatrechtliche Vereinbarung (VSB 82) verwies. Trotz oder gerade wegen der quasihöheitlichen Natur des Ganzen fehlt diesem (privatrechtlichen) Anwendungsfall der wirtschaftlichen Berechtigung die Eigenschaft als objektives Recht.⁹⁹ Dies hat, wenig überraschend, zu Kritik geführt.¹⁰⁰ Eine juristisch saubere Aufarbeitung dieser Thematik gab es nicht, wohl nicht zuletzt, weil dieses Konstrukt bald nach seiner Einführung dank dem (damals) neuen Insiderstrafrecht obsolet wurde.¹⁰¹

E. Strafgesetzbuch

- 43 Seit der Inkraftsetzung von Art. 305^{ter} StGB per 1. August 1990¹⁰² enthält das StGB den Begriff und (wahrscheinlich) das bzw. ein Konzept des wirtschaftlich Berechtigten.¹⁰³ Im Gegensatz zu den (meisten) oben dargestellten Begriffsverwendungen steht in diesem Fall ausser Frage, dass es sich um objektives Recht und wahrscheinlich um einen Anwendungsfall wirtschaftlicher Berechtigung¹⁰⁴ handelt. Entsprechend wird Art. 305^{ter} StGB oft als Ort des ersten Auftauchens von Begriff und/oder Konzept im Schweizer Recht genannt.¹⁰⁵
- 44 Angesichts der diversen Unsicherheiten, die mit den vorangehend geprüften möglichen Eintrittspunkten in die Rechtsordnung verbunden sind, ist Art. 305^{ter} StGB sicherlich der erste *unbestrittene* objektiv-rechtliche Eintritts-

99 JUNOD, Garantie, 108 scheint die Einhaltung der Konvention XVI als Teil des Gewährserfordernisses zu betrachten, womit von einer objektiv-rechtlichen Wirkung ausgegangen werden könnte (vgl. dazu oben Rz. 37 ff.). Dies bedürfte näherer Untersuchung. Die Umsetzung der Pflichten aus der Konvention XVI erfolgte aufgrund der privatrechtlichen Natur derselben durch Modifikation der einzelnen Vertragsverhältnisse mit Bankkunden (HONEGGER, *Demystification*, 29 ff.; detailliert GOEBL, Konvention, 61 ff.).

100 S. etwa FRIEDLI, Insider-Geschäfte, 260 f.; HONEGGER, Offenlegungspflichten, 244 m.w.H.

101 Vgl. Botschaft *Insidergeschäfte*, 70, 72.

102 AS 1990 1077 f., 1078.

103 S. dazu auch unten Rz. 128 ff.

104 S. aber den Vorbehalt oben in Rz. 13.

105 GRABER, Geldwäscherei, 187; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59; STANISLAS, Ayant, 417; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 77. Teilweise wird dies nicht explizit vorgebracht, aber Art. 305^{ter} StGB ist in diesem Kontext regelmässig die älteste genannte Norm bzw. das StGB der älteste genannte Erlass (vgl. etwa BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 244; GALLIKER, Banking, 15; GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 295; KISTLER, Meldepflicht, 18; MATTHEY, Notion, 54; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 177; MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 2; PODA, Effets, 19; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 244).

punkt des Begriffs (und wahrscheinlich auch des Konzepts) der wirtschaftlichen Berechtigung ins Schweizer Recht. Ob diese Annahme tatsächlich richtig ist, könnte nur eine weitere rechtshistorische Untersuchung zeigen.

F. Zusammenfassung

Im Lichte der vorangegangenen Ausführungen ist im Sinne einer wohlbe- 45
gründeten Annahme davon auszugehen, dass Art. 305^{ter} StGB die erste Ver-
wendung des Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten im objektiven Schweizer
Recht beinhaltet. Weniger klar ist, ob damit auch die erste Konzeptverwen-
dung im objektiven Recht einhergeht. Diesbezüglich kommen, trotz weniger
deutlichen Hinweisen, auch das VStG und das BankG in Frage.¹⁰⁶

II. Weitere Entwicklung

Die Frage nach dem ersten Auftauchen der wirtschaftlichen Berechtigung im 46
Schweizer Recht ist nun geklärt, zumindest im Sinne einer fundierten Annah-
me. Daran anknüpfend soll nachfolgend kurz aufgezeigt werden, wie bzw.
wohin sich der Begriff sowie das Konzept im schweizerischen Recht danach
ausbreitet haben. Dabei geht es zunächst einmal um die chronologische
Reihenfolge der Ausbreitung betreffend die wichtigsten Anwendungsfälle.
Eine Auflistung sämtlicher Anwendungsfälle würde den Rahmen sprengen.¹⁰⁷
Auf auffällige Verwandtschaften zwischen den einzelnen Anwendungsfällen
wird später eingegangen.¹⁰⁸

Nachdem der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten per 1. August 1990 47
Eingang ins StGB gefunden hatte,¹⁰⁹ folgte einige Jahre später, per 1. Januar 1997,
die Einführung des Begriffs des «wirtschaftlichen Verfügens» ins SchKG.¹¹⁰
In der Lehre finden sich verschiedentlich Hinweise auf eine Nähe zur wirt-
schaftlichen Berechtigung,¹¹¹ sodass das «wirtschaftliche Verfügens» (Art. 265
Abs. 2 Satz 3 SchKG sowie Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG) hier ebenfalls Erwäh-
nung finden soll. Ebenfalls ohne direkte Erwähnung, aber auch mit Bezug zum
wirtschaftlich Berechtigten,¹¹² kommt per 1. Februar 1997 bzw. 1. Januar 1998

106 S. dazu oben Rz. 29 ff. sowie Rz. 36 ff.

107 S. nur die Aufzählung oben in FN 40.

108 S. dazu unten Rz. 50 ff.

109 AS 1990 1077 f., 1078.

110 AS 1995 1227 ff., 1285 und 1307.

111 S. dazu unten Rz. 187.

112 S. dazu unten Rz. 57, Rz. 233 sowie Rz. 239.

das BEHG hinzu.¹¹³ Auf den 1. April 1998 hin trat das GwG in Kraft¹¹⁴ und mit ihm wurde der wirtschaftlich Berechtigte ausdrücklich in einem weiteren Bundesgesetz erwähnt. Danach wurde es für längere Zeit ruhiger um den wirtschaftlich Berechtigten, der dann per 1. Juli 2015 mit umso mehr Aufruhr wieder die Bühne betrat, und zwar mit seinem Einzug ins OR.¹¹⁵

48 Diese bekannten Anwendungsfälle sind zwar nicht sehr zahlreich, doch dazu gesellen sich weitere, weniger bekannte Fälle.¹¹⁶ Vor diesem Hintergrund muss von einer zunehmenden Verbreitung und Wichtigkeit ausgegangen werden.¹¹⁷ Es ist anzunehmen, dass diese Verbreitung mindestens teilweise dem Dominoeffekt¹¹⁸ zuzuschreiben ist, der im Geldwäschereirecht beobachtet werden kann. Der Effekt kommt daher, dass geldwäschereirechtliche Massnahmen in einem Bereich zwangsläufig zu Ausweichbewegungen der Geldwäscher führen. Auf diese Ausweichbewegungen reagiert der Gesetzgeber mit Ausweitungen der geldwäschereirechtlichen Massnahmen.¹¹⁹ Dieser Effekt erklärt nicht nur die Ausbreitung der wirtschaftlichen Berechtigung (geldwäschereirechtlicher Prägung), sondern legt nahe, dass es zu weiteren Ausbreitungen kommen wird.

49 Die vorangehend erwähnten, wichtigsten Anwendungsfälle werden in den nachfolgenden Paragraphen näher analysiert, und zwar in grundsätzlich¹²⁰ chronologischer Reihenfolge.

III. Verwandtschaften?

50 Nachdem (vermutungsweise) das erste Auftauchen und die wichtigsten weiteren Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Berechtigung aufgezeigt wurden, sollen nun allfällige Verwandtschaften beleuchtet werden. Dies beinhaltet

113 Das BEHG trat per 1. Februar 1997 in Kraft, wobei einige Bestimmungen, wie der hier interessierende Art. 20 Abs. 1-4 aBEHG, erst später in Kraft gesetzt wurden (AS 1997 68 ff., 84), nämlich per 1. Januar 1998 (AS 1997 2044).

114 AS 1998 892 ff., 904.

115 AS 2015 1389 ff., 1406.

116 S. dazu oben FN 40.

117 Weniger zurückhaltend äussern sich BALKANYI-NORDMANN/REINHARD-DEROO (s. dazu oben Rz. 1).

118 So die Bezeichnung bei ARZT, Strafgesetz, 25 ff.

119 Vgl. ARZT, Strafgesetz, 25 ff.; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 877 ff.; TAUBE, Sorgfaltpflichten, 289; ferner GRABER-Komm. GwG, S. 2 ff.; PIETH, Standards, 12 ff.; vgl. auch Botschaft GAFL, 606; betreffend die fiskalpolitisch motivierte Ausdehnung vgl. BASSE-SHK GwG, Art. 1 N 17 ff.; vgl. dazu auch unten Rz. 978 f.

120 Folgendes ist dazu anzumerken: Einerseits ist zunächst das VStG zu untersuchen (s. dazu oben Rz. 31). Andererseits wird das FinfraG entsprechend dem Inkraftsetzungsdatum des BEHG eingeordnet, da das FinfraG die relevanten Normen aus dem BEHG übernommen hat (s. dazu unten Rz. 239).

einerseits einige Hinweise auf die Vorfahren der ersten Verwendung, also gewissermassen deren Ahnentafel. Andererseits sollen die Beziehungen der verschiedenen Anwendungsfälle im Schweizer Recht untereinander betrachtet werden, woraus sich allenfalls ein Stammbaum (oder Stammbäume) ergibt.

A. Ahnentafel des ersten Anwendungsfalls

Der erste Anwendungsfall im schweizerischen objektiven Recht ist, wie aufgezeigt, (vermutungsweise) Art. 305^{ter} StGB.¹²¹ Die Herkunft der wirtschaftlichen Berechtigung ist diesbezüglich unbestritten. Sie stammt aus der VSB 87.¹²² 51

Von wo aus die wirtschaftliche Berechtigung in die VSB gelangte, ist demgegenüber nicht geklärt.¹²³ In der Lehre werden verschiedene Vorläufer oder Verwandte erwähnt, sowohl hinsichtlich des Konzepts wie auch des Begriffs. Regelmässig genannt werden etwa Treuhand¹²⁴, Durchgriff¹²⁵ sowie Trust bzw. Beneficial Ownership¹²⁶. In welcher Beziehung diese Konzepte zur wirtschaftlichen Berechtigung stehen, wird aber jeweils offengelassen.¹²⁷ 52

B. Stammbaum der weiteren Anwendungsfälle?

1. Verrechnungssteuergesetz

Das Verrechnungssteuerrecht ist, wie oben aufgezeigt,¹²⁸ ein spezieller Fall, da diesbezüglich nicht klar ist, ob und allenfalls wann die wirtschaftliche Berechtigung Eingang ins VStG gefunden hat. Ungeachtet dessen soll nachfolgend kurz auf allfällige Beziehungen zu anderen Anwendungsfällen eingegangen werden. 53

121 S. dazu oben Rz. 43 ff.

122 So ausdrücklich die Botschaft StGB I, 1089; dies wird denn – soweit ersichtlich – auch nirgends in Frage gestellt (s. nur BGE 125 IV 139 E. 3. c); PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 18; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 104; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 244 und Rz. 253).

123 So besteht schon Unklarheit über den genauen Eintrittszeitpunkt des Konzepts (s. dazu die Hinweise oben Rz. 33 ff.), und es wurde unterlassen, den Begriff zu definieren oder auch nur zu erklären (GEIGER, VSB, 118).

124 S. etwa GEIGER, VSB, 53; KLAUSER, Aspekte, 384; KUSTER, Begriff, 290; s. dazu ferner unten Rz. 866 ff.

125 S. etwa GEIGER, VSB, 54; KLAUSER, Aspekte, 384; KUSTER, Begriff, 290 f.; NOBEL, Standesregeln, 157; s. dazu ferner unten Rz. 853 ff., insb. Rz. 856.

126 S. etwa Botschaft StGB I, 1098, Endnote 118 zu 1089; KLAUSER, Aspekte, 384; KUSTER, Begriff, 290; NOBEL, Standesregeln, 156 f. FN 7; a.M. wohl HEIM/WETTSTEIN-PK VSB, Art. 27 Abs. 1 N 18; s. dazu ferner unten Rz. 860 ff.

127 S. dazu unten Rz. 853 ff.

128 S. dazu oben Rz. 29 ff.

- 54 Zunächst ist festzuhalten, dass der etwaige Eintritt des Konzepts ins VStG nicht (unmittelbar) über einen legislativen Eingriff vonstattenging, sondern über ein verändertes Verständnis eines lange bekannten verrechnungssteuerrechtlichen Konzepts.¹²⁹ Das Bundesgericht begründete das neuere Verständnis aber mit Verweis auf einen gesetzgeberischen Eingriff ins Verrechnungssteuerrecht.¹³⁰ Das VStG wurde nämlich dahingehend geändert, dass bei der Steuerrückerstattung betreffend Lotteriegewinne neu nicht mehr das Recht zur Nutzung, sondern das Eigentum am Los massgeblich war.¹³¹ Daraus schloss das Bundesgericht, dass das Recht zur Nutzung vom Eigentum zu unterscheiden sei, und verwarf die (alte) formalistische Betrachtungsweise des Rechts zur Nutzung.¹³² Das ist bemerkenswert, war doch der Gesetzgeber der Ansicht, dass es beim Recht zur Nutzung nicht zu wesentlichen materiellen Änderungen gekommen sei.¹³³ Diese Begründung unter Rückgriff auf die gesetzgeberische Tätigkeit mutet auch sonst seltsam an. Der Gesetzgeber übernahm mit der Änderung lediglich die bundesgerichtliche Praxis.¹³⁴ Das Bundesgericht hätte also bereits früher zum Schluss kommen können, dass das Recht zur Nutzung nicht formalistisch zu verstehen sei, ohne auf den Gesetzgeber warten zu müssen.
- 55 Es ist nicht eindeutig, weshalb das Bundesgericht sich zur Praxisänderung betreffend Nutzungsberechtigung entschied. Es ist aber ersichtlich, dass dieser *mögliche* Eintrittspunkt der wirtschaftlichen Berechtigung ins Verrechnungssteuerrecht keinen Bezug zu anderen Anwendungsfällen hat.¹³⁵ In der Doktrin postulierte Bezüge¹³⁶ dürften (bzw. müssten) also inhaltlicher oder assoziativer – nicht verwandtschaftlicher – Natur sein.

129 S. dazu oben Rz. 30.

130 Formal gesehen ging es dabei nicht um eine Revision des VStG, sondern um den Erlass des VStG. Dabei handelte es sich aber lediglich um eine Neukodifikation des geltenden Rechts ohne wesentliche materielle Änderungen (Botschaft VStG I, 956 sowie 977 betreffend Steuerrückerstattung), sodass durchaus von einem Eingriff ins Verrechnungssteuerrecht (nicht ins VStG) die Rede sein kann.

131 BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 394 f.; Botschaft VStG I, 977.

132 BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395.

133 Vgl. Botschaft VStG I, 977, wonach die Normierung betreffend Steuerrückerstattung, mit Ausnahme der Bestimmung betreffend Lose, nur geltendes Recht enthalte und das geltende Recht im Wesentlichen unverändert bleibe.

134 Botschaft VStG I, 977; BÜRGI/WASSER-Komm. VStG, Art. 21 N 32.

135 Vgl. LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 207; MARANTELLI, Gedankensplitter, 59.

136 S. dazu unten Rz. 69.

2. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz

Die Botschaft SchKG verweist für den Begriff des wirtschaftlichen Verfügens 56 jeweils auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise¹³⁷ bzw. das Rechtsmissbrauchsverbot.¹³⁸ Die damals bereits bekannte wirtschaftliche Berechtigung wurde nicht referenziert. Trotzdem wurde in der Doktrin kurz darauf der wirtschaftlich Berechtigte im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Verfüggen erwähnt.¹³⁹ Eine Verwandtschaft wurde aber, soweit ersichtlich, nicht postuliert.¹⁴⁰ Eine solche ist m.E. mit Blick auf die Entstehungsgeschichte, insb. vor dem Hintergrund der (ursprünglichen) Zwecksetzung als Missbrauchsverhinderungsnorm,¹⁴¹ auch nicht begründbar. Bei der oft erwähnten oder implizierten Nähe des wirtschaftlichen Verfügens zur wirtschaftlichen Berechtigung¹⁴² handelt es sich also um eine inhaltliche oder assoziative Verbindung und nicht um eine Verwandtschaft.

3. Börsengesetz

Weder das BEHG (als Vorläuferin des FinfraG)¹⁴³, die Botschaft BEHG, die BEHV 57 noch die BEHV-EBK 96 erwähnten die wirtschaftliche Berechtigung. Das änderte sich mit der BEHV-EBK 97,¹⁴⁴ was insofern nicht erstaunlich ist, als der diesbezüglich relevante Art. 20 aBEHG, ebenso wie die BEHV-EBK 97,¹⁴⁵ erst per 1. Januar 1998 in Kraft trat.¹⁴⁶ So gesehen war die wirtschaftliche Berechtigung von Anfang an Teil des BEHG.

Die Lehre hat im Rahmen von Einlassungen zu den entsprechenden börsenrechtlichen Normen, wahrscheinlich aufgrund der terminologischen Identität, immer wieder Bezug genommen auf die einschlägigen Bestimmungen in VSB, StGB und GwG.¹⁴⁷ Ungeachtet dessen wird allenthalben betont, dass

137 Botschaft SchKG, 3, 10, 13, 158.

138 Botschaft SchKG, 158.

139 Vgl. etwa GILLIÉRON-Comm. LP III, Art. 265 N 48; KUSTER, Begriff, *passim*; MATTHEY, Notion, 64.

140 Diesbezüglich unklar: MATTHEY, Notion, 64, demgemäss das wirtschaftliche Verfüggen «un concept très voisin de celui d'ayant droit économique» ist.

141 S. dazu unten Rz. 188 ff.

142 S. dazu auch unten Rz. 187.

143 S. dazu auch unten Rz. 238 f.

144 Art. 9 Abs. 1 BEHV-EBK 97: «Meldepflichtig sind die wirtschaftlich Berechtigten [...]».

145 Art. 47 BEHV-EBK 97.

146 S. dazu oben FN 113.

147 S. etwa GOTSCHKEV, Aktionärsverhalten, Rz. 295; JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 108; KISTLER, Meldepflicht, 18; KURZBEIN, Meldepflichten, Rz. 57 FN 117; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 177; METTIER, Offenlegung, 87 f.; NOBEL, Kernbestand, 104.

eine autonome Auslegung angezeigt sei.¹⁴⁸ Eine Abstammung von oder Verwandtschaft mit einem der genannten Anwendungsfälle wird nur vereinzelt angenommen.¹⁴⁹ Gewisse Autoren sehen die wirtschaftliche Berechtigung im börsenrechtlichen Kontext auch vor dem Hintergrund internationaler Regelungen.¹⁵⁰

- 59 In Einlassungen zum wirtschaftlich Berechtigten im börsenrechtlichen Sinne werden also regelmässig VSB, StGB, GwG sowie internationale Regulierungen erwähnt. Ein Beleg für die teilweise postulierte Abstammung und/oder Verwandtschaft mit einem dieser Normkomplexe fehlt. Einigkeit herrscht betreffend die Notwendigkeit einer börsenrechtlich autonomen Auslegung der wirtschaftlichen Berechtigung. Damit ist m.E., gewissermassen aus Mangel an Beweisen, im Ergebnis auch hier von einer bloss inhaltlichen oder assoziativen Verbindung auszugehen.

4. Geldwäschereigesetz

- 60 Den Sorgfaltspflichten des GwG, und damit der Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, liegen unbestrittenermassen die Pflichten gemäss der VSB zugrunde.¹⁵¹ Um bei der Verwandtschaftsanalogie zu bleiben, sind die wirtschaftliche Berechtigung im GwG und im StGB Geschwister, und zwar aufgrund ihrer gemeinsamen Abstammung von der VSB.¹⁵²

5. Obligationenrecht

- 61 Der wirtschaftlich Berechtigte i.S.v. Art. 697j OR hat seinen Ursprung in den internationalen Vorgaben, zu deren Umsetzung Art. 697j OR eingeführt wurde,¹⁵³ insb. in der GAFI-Empfehlung Nr. 24.¹⁵⁴ Dies gilt ebenfalls für die spätere

148 S. etwa BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 5.2. (= Pra 2014 Nr. 78); GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 296; JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 112; METTIER, Offenlegung, 89 FN 34; SCHENKER, Übernahmerecht, 98f.; ferner DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 284.

149 MATTHEY, Notion, 65: «cousin éloigné», wobei nicht klar ist, um wessen Cousin es sich handeln soll; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 105 FN 614 nimmt an, der Begriff entstamme Art. 305^{ter} StGB, ohne dafür eine Begründung zu liefern; ebenfalls ohne Begründung geht WEBER, Anforderungen, 654 von einer GwG-Herkunft aus.

150 CEREGHETTI, Offenlegung, 283; METTIER, Offenlegung, 88 FN 32 m.w.H.; s. dazu auch unten Rz. 238.

151 Botschaft GwG, 1121; BGE 125 IV 139 E. 3. a) S. 142; DE CAPITANI-KEOVG II, GwGAT N 104; FRIEDLI, Standesregeln, 39 ff.; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 79; MATTHEY, Notion, 61 f.; STANISLAS, Ayant, 417 f.; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 158 geht von inhaltlicher Kongruenz aus; ferner MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 177.

152 Vgl. dazu oben Rz. 51; s. ferner unten Rz. 317 ff. betreffend die inhaltliche Nähe der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.d. GwG und StGB.

153 S. nur Botschaft GAFI, 659 sowie unten Rz. 371 ff.

154 S. dazu unten Rz. 373.

erfolgte Präzisierung,¹⁵⁵ auch wenn die Botschaft diesbezüglich u.a. auf die VSB 16 verweist.¹⁵⁶ Der angeblich bereits im Kommentar zur VSB 16 enthaltene neue Ansatz (Verweisung auf Art. 963 Abs. 2 OR) ist in diesem Kommentar nicht enthalten.¹⁵⁷ Unmittelbare Bezüge zu anderen (schweizerischen) Konzepten sind also nicht auszumachen.¹⁵⁸ Teilweise wird in der Lehre eine inhaltliche Nähe zu anderen Konzepten angenommen. So wird etwa vertreten, der wirtschaftlich Berechtigte gemäss Art. 697j OR sei gleich zu verstehen wie in Art. 2a Abs. 3 GwG.¹⁵⁹ Der Vorentwurf des Gesetzes enthielt nämlich noch eine Verweisung auf Art. 2a Abs. 3 GwG.¹⁶⁰ Das Postulat der inhaltlichen Nähe erfolgt aber jeweils aus Kohärenz- bzw. Praktikabilitätsüberlegungen, ohne dass eine Verwandtschaft angenommen würde.¹⁶¹ Dies deckt sich mit den Materialien, die zwar gewisse inhaltliche und funktionale Bezüge zu Art. 2a Abs. 3 GwG herstellen, jedoch keine Abstammung oder andere Verwandtschaft nahelegen.¹⁶² Im Ergebnis ist keine verwandtschaftliche Beziehung zu Art. 2a Abs. 3 GwG¹⁶³ oder einem anderen Anwendungsfall wirtschaftlicher Berechtigung erkennbar, mit Ausnahme der erwähnten internationalen Standards, von denen der wirtschaftlich Berechtigte i.S.v. Art. 697j OR abstammt.

155 S. dazu unten Rz. 375f. sowie Rz. 419ff.

156 Botschaft Global Forum, 317 FN 101.

157 Vgl. SBVg (Hrsg.), Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltpflicht der Banken (VSB 16), 2. Aufl., Basel 2016, Art. 20 *passim*; der Kommentar scheint sich auf Art. 2a Abs. 3 GwG sowie Art. 697j aOR zu beziehen.

158 Abgesehen von der Verweisung in Art. 697j Abs. 2 und 3 OR auf Art. 963 Abs. 2 OR. Dabei geht es aber nicht um eine Verwandtschaft, sondern um eine Verweisung und sogar diesbezüglich verweist die Botschaft auf internationale Standards (Botschaft Global Forum, 317 FN 101).

159 HESS, Unklarheiten, 1169f.; HESS/DETTWILER-BSK OR II, Vor Art. 697i ff. N 5; VISCHER/GALLI, 697j I, 485f.

160 GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 12; vgl. auch TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 16.

161 Die oben in FN 159 genannten Autoren nennen den Normzweck sowie den Umstand, dass die Transparenzbestimmungen des OR eine funktionelle Beziehung zum GwG haben (gewissermassen als dessen Vorstufe fungieren; s. dazu unten Rz. 380), als Gründe für die postulierte materielle Kongruenz.

162 So erwähnt die Botschaft GAFI, 641, dass «Artikel 697j E-OR (i. V. m. Art. 2a Abs. 3 E-GwG)» für die Verfügbarkeit von Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten sorgt. A.a.O., 659 wird des Weiteren auf die Sinnhaftigkeit gleicher Schwellenwerte bei beiden Normen hingewiesen und darauf, dass die aus den GAFI-Meldepflichten im OR gewonnenen Informationen die Hauptinformationsquelle für die GwG-Pflichten sind. In der Botschaft Global Forum, 318 FN 103 wird betreffend die Meldepflichtbefreiung von Gesellschaften mit kotierten Beteiligungsrechten darauf hingewiesen, dass dies dem Ansatz des GwG entspricht, und zur ausschliesslichen Zulässigkeit natürlicher Personen als Subjekte wird auf Art. 2a Abs. 3 GwG verwiesen (a.a.O., 318).

163 Diesbezüglich ebenfalls skeptisch: GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 12, die sich aber für eine Angleichung aussprechen (ferner DIES., Global, 89); TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 16; im Übrigen wäre eine solche Beziehung spätestens seit dem Erlass von Art. 697j Abs. 2 und 3 OR ohnehin hinfällig.

- 62 In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die VSB einen nicht unerheblichen Einfluss auf diverse internationale Standards, namentlich die der GAFI, gehabt haben soll.¹⁶⁴ Es besteht also eine, wenn auch entfernte, verwandtschaftliche Beziehung zwischen der VSB und dem wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 697j OR. Diese Beziehung ist aber derart entfernt, dass das Wissen um diese Beziehung nicht mit einem Erkenntnisgewinn hinsichtlich des Konzepts im OR verbunden ist.

6. Zusammenfassung

- 63 Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist klar, dass es nicht einen zusammenhängenden Stammbaum der zu untersuchenden Anwendungsfälle gibt. Vielmehr gibt einen geldwäschereirechtlich geprägten Stammbaum mit der VSB als Stammvater, Art. 305^{ter} StGB und GwG als Nachkommen sowie Art. 697j OR als äusserst entferntem Verwandten.
- 64 Ohne verwandtschaftliche Beziehung zu diesen Anwendungsfällen und/oder solchen Beziehungen untereinander stehen das Recht zur Nutzung, die einschlägigen Normen im SchKG sowie im Börsenrecht je für sich. Aufgrund der begrifflichen und – mindestens oberflächlich – teilweise konzeptuellen Nähe dieser Anwendungsfälle mit anderen Anwendungsfällen werden oft Verbindungen postuliert. Diese erweisen sich bei näherem Hinsehen als inhaltlicher oder bloss assoziativer Natur. Damit ist nicht gesagt, dass es sich bei diesen Anwendungsfällen nicht (auch) um Fälle der wirtschaftlichen Berechtigung handelt. Es ist aber keine verwandtschaftliche Beziehung vorhanden.

IV. Schlussbemerkungen

- 65 Ein erster Eintrittspunkt der wirtschaftlichen Berechtigung in der schweizerischen Rechtsordnung ist nur schwer auszumachen. Grund dafür sind Unsicherheiten betreffend die rechtliche Qualifikation von Regelwerken sowie (nicht unumstrittene) behördliche und richterliche Rechtsschöpfungen. Auch wenn man dies ausser Acht lassen will und Art. 305^{ter} StGB als erste Begriffs- und Konzeptverwendung betrachtet, lässt sich ebendiese Bestimmung nicht gänzlich von den erwähnten Regelwerken – allen voran der VSB – lösen. Die wirtschaftliche Berechtigung ist also weniger in der schweizerischen Rechtsordnung «aufgetaucht» als vielmehr schrittweise «ingesickert». Eine Jahreszahl lässt sich entsprechend nicht festlegen. Es zeigt sich vielmehr ein gradu-

164 GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59, 79; MARIANI, GAFI, 72, 217; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 49, § 6 Rz. 170, § 6 Rz. 172, § 6 Rz. 176, ferner § 6 Rz. 76 FN 139; DERS., Herausforderungen, 138, 221; s. ferner oben FN 79; PIETH, Standards, 7 ff.

eller Verlauf der Begriffs- und Konzeptgeschichte der wirtschaftlichen Berechtigung. Seinen Anfang nahm dieser Verlauf gegen Ende der 1970er-Jahre. Im Verlauf der 1980er-Jahre «sickerte» das Konzept langsam in die Rechtsordnung ein, und spätestens seit dem Inkrafttreten von Art. 305^{ter} StGB im Jahr 1990 sind Begriff und Konzept in der schweizerischen Rechtsordnung verankert.

Einige Unsicherheiten gibt es auch bezüglich der Beziehungen unter den diversen Anwendungsfällen. Abgesehen von einer geldwäschereirechtlich geprägten Familie von Anwendungsfällen existieren unter den übrigen Anwendungsfällen nur inhaltliche oder assoziative, nicht aber verwandtschaftliche Verbindungen. Diese inhaltlichen und/oder assoziativen Verbindungen ergeben sich mutmasslich aus konzeptuellen Ähnlichkeiten bzw. Konvergenzen. Darauf wird in Teil II dieser Untersuchung zurückzukommen sein.¹⁶⁵

Ungeachtet dieser Unsicherheiten ist klar, dass die wirtschaftliche Berechtigung nicht eine reine Eigenkreation des schweizerischen Gesetzgebers ist, sondern vielmehr aus verschiedenen nationalen und internationalen Soft-Law-Quellen eingesickert ist. Ebenso klar ist, dass es keinen Stammbaum gibt, der alle zu untersuchenden Anwendungsfälle verbindet.

165 S. dazu unten Rz. 453 ff., Rz. 635.

§4 Verrechnungssteuergesetz (Art. 21 VStG)

68 Da die Verrechnungssteuer primär einen Sicherungszweck hat, kann sie unter bestimmten Voraussetzungen zurückgefordert werden (Art. 21 ff. VStG).¹⁶⁶ Eine der Voraussetzungen für die Rückforderung der abgeführten Verrechnungssteuer auf Kapitalerträgen¹⁶⁷ durch den Steuerdestinatar¹⁶⁸ ist dessen «Recht zur Nutzung» am «den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswert[...]» (Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG).¹⁶⁹ Bei diesem Recht zur Nutzung handelt es sich somit um ein positives Anspruchskriterium für die Steuerrückforderung und es ist als solches abzugrenzen vom Steuerumgebungsvorbehalt in Art. 21 Abs. 2 VStG.¹⁷⁰

69 Wie verhält sich dieses Recht zur Nutzung zur wirtschaftlichen Berechtigung? Das Recht zur Nutzung bzw. der Nutzungsberechtigte werden oft mit Beneficial Ownership bzw. dem Beneficial Owner in Verbindung gebracht und damit verglichen.¹⁷¹ Beneficial Owner(ship) wiederum wird regelmässig mit wirtschaftlich Berechtigtem bzw. wirtschaftlicher Berechtigung über-

166 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 3 f.; BAUER-BALMELLI/REICH-Komm. VStG, Vorbemerkungen N 45 und N 65 ff.

167 Eine andere Regelung gilt für Gewinne aus gewissen Geld- und Geschicklichkeitsspielen sowie für Lotteriegewinne. Hier ist massgeblich, wer «Eigentümer des Loses war oder gewinnberechtigter Teilnehmer ist» (Art. 21 Abs. 1 lit. b VStG).

168 D.h. derjenige, auf den die Steuer überwältzt wurde, nicht das Steuersubjekt (vgl. Art. 14 VStG; PFUND, Verrechnungssteuer I, Art. 14 N 1.1; BAUER-BALMELLI-Komm. VStG, Art. 21 N 4 verwendet den Begriff Steuerträger).

169 BAUER-BALMELLI/REICH-Komm. VStG, Vorbemerkungen N 48. Das Recht zur Nutzung wird auch in Art. 36 Abs. 2 lit. a VStV sowie Art. 62 VStV erwähnt.

170 BAUER-BALMELLI, Steuerumgehung, 167 und 171; BAUER-BALMELLI/REICH-Komm. VStG, Vorbemerkungen N 78; einlässlicher zu dieser Abgrenzung s. unten Rz. 102 ff.

171 So sieht bspw. BAUER-BALMELLI-Komm. VStG, Art. 21 N 8 Beneficial Ownership als analoges Kriterium zur Nutzungsberechtigung; BAUMGARTNER, Konzept, 39 f. hält das Recht zur Nutzung für ein mit dem Beneficial Owner vergleichbares Konzept; HOCHREUTENER, Ergänzungsband, Rz. 248 schreibt von einer «nahen Verwandtschaft» zwischen dem Recht zur Nutzung und Beneficial Ownership. Es ist darauf hinzuweisen, dass die drei genannten Autoren sich jeweils auf den Beneficial Owner i.S.d. internationalen Steuerrechts beziehen. BAUMGARTNER, Konzept, 40 f. weist zwar auf den wirtschaftlich Berechtigten i.S.d. GwG hin, geht jedoch nicht weiter darauf ein, da dieser Begriff für das internationale Steuerrecht nicht relevant sei. Eine Verknüpfung der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss GwG und der Nutzungsberechtigung sehen LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 17.

setzt.¹⁷² Das allein vermag die Frage nach dem Verhältnis zur wirtschaftlichen Berechtigung nicht zu beantworten, rechtfertigt jedoch allemal eine eingehende Untersuchung des Rechts zur Nutzung.

I. Entstehung

Die Rückerstattungsvoraussetzung des Rechts zur Nutzung fand im Jahr 1944 70 Eingang ins Verrechnungssteuerrecht,¹⁷³ wobei diese Änderung per 1. Januar 1945 in Kraft trat.¹⁷⁴ Die Bestimmung sollte v.a. Missbräuche verhindern.¹⁷⁵ Sie wurde später unverändert ins VStG übernommen¹⁷⁶ und blieb seither unverändert.

II. Zweck und Funktion

Im Rahmen der Rückerstattung der Verrechnungssteuer muss der Rückerstattungs-berechtigte identifiziert werden.¹⁷⁷ Diese Identifikation geschieht 71 mit dem Konzept des Rechts zur Nutzung.¹⁷⁸ Es bezweckt, dass «die Rückerstattung dem effektiv Berechtigten [...] zugutekommt und dass sie nur einmal

172 BOEMLE MAX / GSELL MAX / JETZER JEAN-PIERRE / NYFFELER PAUL / THALMANN CHRISTIAN (Hrsg.), Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, Stichwort «Wirtschaftlich Berechtigter» (S. 1117f.); vgl. schon ALBISETTI ET AL., Handbuch, 139; ferner BVGer A-6053/2010 vom 10. Januar 2011 E. 7.3.1. a.A.; einen direkten Bezug machen die Botschaft GAFI, 614 FN 13 sowie MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 58 a.A.

173 LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 203 FN 512; MARANTELLI, Gedankensplitter, 55; PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.19; HERMANN/REDING/WINCKLER, Verrechnungssteuer, 895. Zuvor verlangte das Gesetz, dass diejenige Person, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangte, nachwies, «dass der vom Steuerabzug betroffene Betrag für ihre eigene Rechnung ausbezahlt [...] wurde» (Art. 7 Abs. 1 aVStB i.V.m. Art. 147 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b aWStB; ähnlich Art. 147 Abs. 3 lit. b aWStB). Detailliert zur früheren Geschichte BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 21 ff. sowie PFUND, Verrechnungssteuer I, Art. 41^{bis} Abs. 1 lit. b BV, A. Geschichte; s. auch BAUER-BALMELLI/REICH-Komm. VStG, Vorbemerkungen N 1 ff.

174 FN 2 ad Art. 7 VStB; LISSI, Steuerfolgen, 210.

175 LISSI, Steuerfolgen, 210; MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 281; PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.19.

176 Vgl. Botschaft VStG I, 977.

177 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 115; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 7; ihr folgend: BAUMGARTNER, Konzept, 41. Die Notwendigkeit einer solchen Identifikation ergibt sich aus der «grundsätzlich anonymen, also von der Person des Leistungsempfängers losgelösten Steuererhebung und der in das Rückerstattungsverfahren verlagerten Individualisierung des anspruchsberechtigten Leistungsempfängers» (JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Überblick 1, 657).

178 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 115; BAUMGARTNER, Konzept, 41.

gewährt wird.»¹⁷⁹ Damit handelt es sich um ein Zuordnungselement.¹⁸⁰ Es ordnet einem «nach den Artikeln 22-28 [VStG] Berechtigte[n]»¹⁸¹ «den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswert[...]»¹⁸² zu (oder auch nicht).¹⁸³

72 Des Weiteren hat das Konzept als positive Anspruchsvoraussetzung für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer eine (mit-)entscheidende Funktion bei der Frage, ob der (sekundäre) Fiskalzweck der Verrechnungssteuer zum Tragen kommt.¹⁸⁴ Ist derjenige, der die Rückerstattung verlangt, nicht Nutzungsberechtigt, wird ihm die Verrechnungssteuer nicht rückerstattet. Entsprechend hat das Konzept eine Steuerungsfunktion für den Fiskalzweck der Verrechnungssteuer. Ob es in diesem Rahmen auch den Zweck hat, Steuerumgehung zu verhindern, wird noch zu klären sein.¹⁸⁵

73 Abschliessend ist festzuhalten, dass es bei der Nutzungsberechtigung funktional nicht darum geht, den Nutzungsberechtigten zu finden. Es geht nur darum zu prüfen, ob demjenigen, der die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangt, das Recht zur Nutzung zukommt. Wer nutzungsbe-rechtigt ist, wenn es nicht der Ansprecher ist, spielt keine Rolle.

III. Subjekt

74 Einleitend sei hier zur Klarstellung vermerkt, dass es im Folgenden nicht um das Steuersubjekt¹⁸⁶, den Steuerdestinatar¹⁸⁷ oder den Rückerstattungsbe-rechtigten¹⁸⁸ geht, sondern um das Subjekt im Konzept der Nutzungsberechtig-tung.

75 Das Gesetz äussert sich nicht zum Subjekt im Konzept der Nutzungsbe-rechtigung. Aufgrund der primär sichernden Natur der Verrechnungssteuer ist davon auszugehen, dass zumindest alle Rückerstattungsberechtigten gemäss Art. 22 ff. VStG Subjekte sein können. Andernfalls wären sie katego-risch von der Rückerstattung ausgeschlossen, da sie die Voraussetzung der

179 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 115; ähnlich DIES., Steuerumgehung, 171.

180 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 115; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N7; DIES., Steuerumgehung, 171; BAUMGARTNER, Konzept, 41; vgl. auch Botschaft VStG II, 54.

181 Art. 21 Abs. 1 Ingress VStG.

182 Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG.

183 Vgl. BAUMGARTNER, Konzept, 46.

184 Vgl. BGer 2C_404/2015 vom 15. September 2016 E. 2.3.

185 S. dazu unten Rz. 102 ff.

186 Gemäss Art. 10 Abs. 1 VStG ist der Schuldner der steuerbaren Leistung das Steuersubjekt.

187 Vgl. dazu oben FN 168.

188 Art. 22 ff. VStG.

Nutzungsberechtigung nie erfüllen könnten. Dies kann nicht der Sinn sein, wenn sie im Gesetz als Rückerstattungsberechtigte aufgelistet werden.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich (noch) nicht ausdrücklich zur Frage des Subjekts im Konzept der Nutzungsberechtigung geäußert. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Subjekt-Objekt-Relation lässt allerdings Rückschlüsse auf das Subjekt zu. Zu dieser Beziehung äussert sich das Bundesgericht wie folgt: «Nach der Rechtsprechung ist unter dem ‹Recht zur Nutzung› [...] im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG [...] nicht nur das Eigentum am Vermögenswert (Stammrecht) zu verstehen, sondern auch der – eventuell bloss obligatorische – Anspruch auf den Ertrag (Dividenden, Zinsen), den der betreffende Vermögenswert abwirft».¹⁸⁹ Daraus ist nicht zu schliessen, dass sich die Nutzungsberechtigung in diesen dinglichen bzw. obligatorischen Ansprüchen erschöpfen würde. Das Bundesgericht hält nämlich fest, dass das Recht zur Nutzung auch zu verneinen ist, wenn «der Empfänger zwar keiner formellen Verpflichtung zur Weiterleitung unterliegt, sich aber aus der Gesamtheit der Umstände schliessen lässt, dass ihm der Kapitalertrag nicht verbleibt».¹⁹⁰ Um dies festzustellen, bedürfe es «einer Analyse der tatsächlichen wirtschaftlichen Bedeutung der zu beurteilenden Rechtsverhältnisse».¹⁹¹

Aufgrund der grundsätzlichen Anknüpfung an einer dinglichen oder obligatorischen Berechtigung ist zunächst davon auszugehen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zumindest alle Rechtssubjekte (und andere Entitäten, die Rechte haben können)¹⁹² als Subjekte im Konzept der

189 BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 708; BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.1.; BGer 2C_404/2015 vom 15. September 2016 E. 3.3.2. Alle diese Entscheide verweisen u. a. auf BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395, der bereits eine fast identische Formulierung enthielt.

190 BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 708; BGer 2A.572/2003 vom 25. Oktober 2004 E. 3.5.2.; BGer 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007 E. 4.1.; BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.3.1. Noch ohne Hinweis auf die Relevanz tatsächlicher Gegebenheiten: BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 (wobei darauf hingewiesen wird, dass das Nutzungsrecht «nicht bloss vorgegeben sein» darf) und BGE 125 II 348 E. 5. a) (in diesem Fall war dies nicht relevant). Diese beiden Entscheidungen stützten sich auf die älteren Lehrmeinungen von PFUND bzw. PFUND/ZWAHLEN (s. dazu unten Rz. 79). Anders verhält es sich gemäss Bundesgericht im internationalen Steuerrecht, wo faktische Weiterleitungspflichten blosse Indizien gegen die Nutzungsberechtigung sind (BGer 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.3. f.).

191 BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 708; BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.3. (ähnlich a. a. O. E. 6.1. a. a.).

192 Vgl. etwa Art. 562 OR und Art. 602 OR.

Nutzungsberechtigung relevant sein können. Da gemäss Bundesgericht auch tatsächliche Gegebenheiten zu beachten sind, müsste darüber hinaus jede Entität, der die Nutzung tatsächlich zukommen kann, ein Subjekt sein können.

B. Lehre

- 78 BAUER-BALMELLI äussert sich, wie das Bundesgericht, nicht ausdrücklich zu den möglichen Subjekten im Konzept der Nutzungsberechtigung. Sie hält aber mit Blick auf die Subjekt-Objekt-Relation fest, dass «derjenige, dem [...] der Nutzen unbelastet und effektiv zukommt», Nutzungsberechtigter ist.¹⁹³ Dieser Nutzen könne dem Nutzungsberechtigten aufgrund dinglicher sowie obligatorischer Ansprüche oder aufgrund bloss faktischer «Ansprüche» zukommen.¹⁹⁴ Somit schliesst sich BAUER-BALMELLI dem Bundesgericht an.¹⁹⁵ Ähnlich HOCHREUTENER,¹⁹⁶ LISSI¹⁹⁷ und MISTELI¹⁹⁸, die sich ebenfalls nicht explizit zum Subjekt äussern, sich aber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anschliessen. Damit sind auch gemäss diesen Autoren bloss faktische Gegebenheiten relevant.¹⁹⁹ Aus diesen Ausführungen ist zu schliessen, dass als Subjekte grundsätzlich alle Entitäten in Frage kommen, denen der Nutzen am Objekt tatsächlich zukommen kann.
- 79 PFUND/ZWAHLEN schliessen sich ebenfalls der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an, möchten jedoch das Wort «effektiv» nicht als Hinweis auf die Massgeblichkeit einer bloss tatsächlichen Nutzung verstanden wissen.²⁰⁰ Vielmehr sind sie der Ansicht, dies stelle nur klar, dass die Nutzung nicht eine bloss simulierte sein dürfe.²⁰¹ Daraus folge, dass das Recht zur

193 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 118; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 12; ähnlich DIES., Steuerumgehung, 172.

194 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 118 f.; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 17; DIES., Steuerumgehung, 172; JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Überblick 1, 657 f. verstehen BAUER-BALMELLI anders, vertreten sie doch mit Verweis auf sie eine Meinung, die sich im Wesentlichen mit der von PFUND/ZWAHLEN (s. dazu unten Rz. 79) deckt, d.h. bloss tatsächliche Nutzungen ausschliesst.

195 Vgl. BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 119.

196 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1456 (noch ohne explizite Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; s. dazu DERS., Ergänzungsband, Rz. 248 ff.).

197 LISSI, Steuerfolgen, 165 f.

198 MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 301.

199 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1456 sowie DERS., Ergänzungsband, Rz. 254; LISSI äussert sich hierzu nicht, schliesst sich aber grundsätzlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an (LISSI, Steuerfolgen, 165); MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 301.

200 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.22.

201 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.22.

Nutzung dinglich oder obligatorisch sein müsse.²⁰² Entsprechend könnten nur Rechtssubjekte (oder Entitäten, die Rechte haben können) Subjekte im Konzept der Nutzungsberechtigung sein. Diese (ältere) Ansicht von PFUND/ZWAHLEN wurde mittlerweile von einer Mehrheit der Lehre verworfen.²⁰³

Eine von diesen Lehrmeinungen abweichende Ansicht vertritt BAUMGARTNER. Er ist der Ansicht, dass sich «[d]as Konzept der Nutzungsberechtigung [...] in subjektiver Hinsicht [...] auf Berechtigte i.S.v. Art. 22 ff. VStG [bezieht].»²⁰⁴ Nur die dort genannten Subjekte könnten also die Subjekte im Konzept der Nutzungsberechtigung sein. 80

Diese Ansicht greift m.E. zu kurz bzw. basiert auf einer fehlenden konzeptuellen Trennung zwischen dem Subjekt des Rückerstattungsanspruchs und dem Subjekt im Konzept der Nutzungsberechtigung. Klar ist zunächst, dass sich die Frage nach der Nutzungsberechtigung jeweils im Hinblick auf Berechtigte i.S.v. Art. 22 ff. VStG stellt, sind sie doch diejenigen, die grundsätzlich berechtigt sind, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu fordern.²⁰⁵ D.h. allerdings nicht zwingend, dass nur sie als Subjekte im Konzept der Nutzungsberechtigung in Frage kommen. Ein «Zusammenfallen» der Berechtigung i.S.v. Art. 22 ff. VStG und der Nutzungsberechtigung mag der gesetzlich anvisierte Normalfall sein, denn er erlaubt eine Rückerstattung der (primär sichernden) Verrechnungssteuer. Das bedeutet aber nicht, dass nicht ein anderer der Nutzungsberechtigte sein kann,²⁰⁶ mit der Folge, dass der Berechtigte i.S.v. Art. 22 ff. VStG die Verrechnungssteuer nicht zurückfordern könnte. Ist dieser Berechtigte nämlich nicht Nutzungsberechtigter, erfüllt er die Rückerstattungsvoraussetzungen von Art. 21 Abs. 1 VStG nicht. Somit ist davon auszugehen, dass i.S.v. Art. 22 ff. VStG Berechtigte Subjekte sein können, sich die in Frage kommenden Subjekte aber nicht auf diese Berechtigten beschränken. 81

202 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.23.

203 Vgl. die oben in Rz. 78 erwähnten Autoren, die sich für den Einbezug tatsächlicher Gegebenheiten aussprechen.

204 BAUMGARTNER, Konzept, 46.

205 Art. 21 Abs. 1 Ingress VStG.

206 Sollte nämlich keine der nach Art. 22 ff. VStG berechtigten Entitäten nutzungsberechtigt sein, muss die Nutzungsberechtigung bei einer anderen – nun zwangsläufig nicht nach Art. 22 ff. VStG berechtigten – Entität liegen (vgl. HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1469, der festhält, dass die Verneinung der Nutzungsberechtigung einer Entität dazu führt, dass die Nutzungsberechtigung bei einer anderen Person liegen muss; ähnlich MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 304: «Für jeden verrechnungssteuerbelasteten Ertrag ist eine Person im Zeitpunkt der Ertragsfähigkeit nutzungsberechtigt.» Das Bundesgericht schloss sich MISTELI an: BGer 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007 E. 4.2. a.E.).

- 82 Nach dem Gesagten bleibt es beim obigen Zwischenfazit. Als Subjekte im Konzept der Nutzungsberechtigung gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG kommen alle Entitäten in Frage, denen der Nutzen am Objekt tatsächlich zukommen kann.

C. Stellungnahme

- 83 Die Schlussfolgerung, dass grundsätzlich alle Entitäten, die den Nutzen des Objekts (tatsächlich) beanspruchen können, als Subjekte im Konzept der Nutzungsberechtigung in Frage kommen, ist überzeugend, aber letztlich nur das (sich aus der Subjekt-Objekt-Relation ergebende) logische Minimum.²⁰⁷ Ein solch offenes Verständnis lässt viele Fragen ungeklärt; wie sieht es etwa aus mit nicht rechts-, aber handlungsfähigen Personengesamtheiten? Diese Fragen hier im Detail zu klären, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Letztlich ist die Frage wenig praxisrelevant (und wohl deshalb nicht geklärt), da sich die Frage nach dem Subjekt nur im Zusammenhang mit einem nach Art. 22 ff. VStG Berechtigten stellt. Ist ein solcher Berechtigter nicht nutzungs-berechtigt, sind die Rückerstattungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Der Nutzungsberechtigte muss nicht weiter eruiert werden, obwohl es logischerweise einen solchen gibt. Dieser ist aber nicht notwendigerweise nach Art. 22 ff. VStG rückerstattungsberechtigt.²⁰⁸

IV. Objekt

- 84 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass es nicht um das Steuerobjekt²⁰⁹ oder das Objekt des Rückerstattungsanspruchs²¹⁰ geht, sondern um das Objekt im Konzept der Nutzungsberechtigung.
- 85 Das Recht zur Nutzung muss sich gemäss Gesetz auf «den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswert[...]»²¹¹ beziehen. Damit definiert das Gesetz selbst das Objekt des Konzepts der Nutzungsberechtigung. Gemäss Wortlaut ist der Vermögenswert selbst und nicht der daraus entspringende Ertrag das Objekt.

207 Wie oben in Rz. 81 aufgezeigt, gilt dabei, dass mindestens die nach Art. 22 ff. VStG Rückerstattungsberechtigten Subjektqualität haben können.

208 Vgl. dazu oben FN 206, wonach es immer einen Nutzungsberechtigten gibt (also auch dann, wenn er nicht nach Art. 22 ff. VStG rückerstattungsberechtigt ist).

209 Art. 4 ff. VStG.

210 Art. 21 Abs. 1 Ingress VStG.

211 Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Gemäss Bundesgericht ist «unter dem ‹Recht zur Nutzung› [...] nicht nur das 86
Eigentum am Vermögenswert (Stammrecht) zu verstehen, sondern auch der –
eventuell bloss obligatorische – Anspruch auf den Ertrag (Dividenden, Zin-
sen), den der betreffende Vermögenswert abwirft»²¹². Das Bundesgericht hat
also das Objekt weiter definiert, als es der Gesetzeswortlaut vermuten liesse,
indem es den Anspruch auf den Ertrag, den der Vermögenswert generiert,
ebenfalls miteinbezieht.²¹³

B. Lehre

BAUMGARTNER äussert sich ausdrücklich zum Objekt und vertritt, gestützt 87
auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Ansicht, dass in erster Linie
der verrechnungssteuerbelastete Ertrag als Objekt zu betrachten ist und nicht
der zugrunde liegende Vermögenswert.²¹⁴ BAUER-BALMELLI äussert sich
nicht ausdrücklich zum Objekt. Sie unterscheidet aber drei Arten der Begrün-
dung des Nutzungsrechts: dinglich, obligatorisch und faktisch.²¹⁵ Die ding-
liche Berechtigung liege dabei beim Eigentümer oder Nutzniesser, die obliga-
torische bei demjenigen, der das Recht auf den Ertrag hat, und die faktische
bei demjenigen, der den Ertrag ohne formelle Rechtsposition faktisch erhält.²¹⁶
Damit scheint sie der bundesgerichtlichen Auffassung zu folgen, wonach so-
wohl der Vermögenswert als auch der Ertrag das Objekt sein können. HOCH-
REUTENER,²¹⁷ LISSI,²¹⁸ MISTELI²¹⁹ und PFUND/ZWAHLEN²²⁰ äussern sich
nicht explizit zum Objekt, stellen jedoch allesamt auf den Ertrag ab.

212 BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 708; BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.1.

213 BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 a.E. spricht sich ausdrücklich gegen eine «enge zivilrechtliche Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG» aus.

214 BAUMGARTNER, Konzept, 47 f.

215 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 118 f.; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 17; DIES., Steuerumgehung, 172.

216 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 119; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 17.

217 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1455; vgl. auch DERS., Ergänzungsband, Rz. 254, Rz. 330 ff.

218 LISSI, Steuerfolgen, 165 f. postuliert ein «Abstellen auf die Berechtigung an den fälligen Erträgen».

219 MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 301: «Wer einen Ertrag einzieht und auch tatsächlich behalten darf, ist nutzungsberechtigt.»

220 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.23.

- 88 Die überwiegende Lehre sieht also den (verrechnungssteuerbelasteten) Ertrag als Objekt der Nutzungsberechtigung. In Anbetracht der spärlichen Auseinandersetzungen mit der Frage muss hinter die Belastbarkeit dieser Aussage ein Fragezeichen gesetzt werden.

C. Stellungnahme

- 89 Wie gesehen herrscht Uneinigkeit, ob das Objekt der Vermögenswert oder der daraus entspringende Ertrag ist. Diese Uneinigkeit dürfte sich daraus ergeben,²²¹ dass nicht immer (ausdrücklich) unterschieden wird zwischen der Nutzungsberechtigung am Vermögenswert, die das Gesetz ausdrücklich verlangt, und den Indizien, die auf ein solches Nutzungsrecht hinweisen.²²² Wenn nämlich das Bundesgericht und, diesem folgend, ein Grossteil der Lehre vorrangig auf den verrechnungssteuerbelasteten Ertrag abstellen, tun sie dies wahrscheinlich deshalb, weil dieser Mittelfluss einen wichtigen Hinweis auf die Nutzungsberechtigung am zugrunde liegenden Vermögenswert gibt.²²³ Die Nutzungsberechtigung am Vermögenswert selbst wird regelmässig schwieriger zu bestimmen sein, da dieser oft statisch einem Rechtssubjekt zugeordnet ist und bleibt. Die oftmals periodisch fliessenden verrechnungssteuerbelasteten Erträge können demgegenüber auf ihrem Weg durch allfällige Durchlaufstationen nachverfolgt werden und geben so Hinweise auf die Nutzungsberechtigung am Vermögenswert. Ein mit dem Gesetzeswortlaut konformes Verständnis hätte also die Nutzungsberechtigung am Vermögenswert im Visier und würde zu deren Feststellung (auch, wenn nicht sogar schwergewichtig) auf die Berechtigung an den verrechnungssteuerbelasteten Erträgen

221 Weitere Faktoren dürften die teilweise fehlende Unterscheidung zwischen Steuerobjekt (vorrangig Erträge) und Objekt im Konzept der Nutzungsberechtigung sein sowie die Entwicklung des Konzepts, das früher an die Quelle des Kapitalertrags anknüpfte, mittlerweile aber auch tatsächliche Nutzungen erfasst (vgl. HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1454 ff.).

222 LISSI, Steuerfolgen, 165 f. nimmt eine solche Unterscheidung (zumindest implizit) vor, indem er die Erträge als den «in der Regel [...] bedeutendsten Nutzen des Vermögenswertes» betrachtet und ein Abstellen darauf auch aus teleologischer Sicht für sachgerecht hält, da es um die Sicherung dieses Teilaspekts des Nutzens des Vermögenswerts gehe.

223 S. etwa BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 und BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.1., wonach entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch «derjenige den Nutzen einer Sache hat, dem daraus auch der Ertrag zukommt»; vgl. auch BAUMGARTNER, Konzept, 47 f.

abstellen.²²⁴ Ein solches Verständnis würde die Widersprüche der unterschiedlichen Meinungen auflösen, ohne inhaltlich ein anderes Verständnis zu postulieren.

Das Objekt im Konzept der Nutzungsberechtigung ist also der Vermögenswert, der den verrechnungssteuerbelasteten Ertrag abwirft.²²⁵ Zur Feststellung der Nutzungsberechtigung an diesem Vermögenswert kann aber – zumindest im Sinne eines gewichtigen Indizes – auf die Berechtigung am Ertrag abgestellt werden.

V. Subjekt-Objekt-Relation

In diesem Abschnitt soll aufgezeigt werden, welche Beziehung zwischen Subjekt und Objekt im Konzept der Nutzungsberechtigung bestehen muss, damit das Subjekt als nutzungsberechtigt i.S.v. Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG zu betrachten ist. Mangels ausdrücklicher Ausführungen zu Subjekt und Objekt im Konzept der Nutzungsberechtigung wurden bereits einige Ausführungen zur Subjekt-Objekt-Relation gemacht.²²⁶ Darauf kann im Folgenden zurückgegriffen werden.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Wie aufgezeigt, war die ältere Rechtsprechung der Ansicht, dass die Nutzungsberechtigung eng und (zivil-)rechtlich zu verstehen sei, tatsächliche Gegebenheiten also nicht zu berücksichtigen waren.²²⁷ Diese Ansicht wurde mittlerweile verworfen. Das Bundesgericht lehnt eine «enge zivilrechtliche Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG» ausdrücklich ab²²⁸ und betont die Wich-

224 MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 302 erkennt das Problem, «[d]ass sich das Recht zur Nutzung nach dem Gesetzeswortlaut auf den Vermögenswert bezieht», obwohl er auf den Ertrag abstellen möchte. Er vertritt die Ansicht, dies stehe «einer solchen Interpretation nicht entgegen, setzt jedoch einen *sehr engen Nutzenbegriff* voraus» (ebd. [Hervorhebung im Original]). Die hier vorgeschlagene Lösung hat den Vorteil, dass sie vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist und keine Modifikation des Nutzenbegriffs erfordert (gegen eine enge Auslegung auch BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 f., 395 a.E.).

225 Wie erwähnt, deckt sich dieses Verständnis mit dem Gesetzeswortlaut (vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG).

226 S. dazu oben Rz. 74 ff. (Subjekt) sowie Rz. 84 ff. (Objekt). Allgemein fällt auf, dass sich sowohl das Bundesgericht wie auch die Lehre v.a. mit der Subjekt-Objekt-Relation auseinandersetzen, ohne sich (ausdrücklich) zum Subjekt und/oder Objekt zu äussern.

227 S. dazu oben Rz. 76 (insb. die Hinweise auf die (ältere) Rechtsprechung oben in FN 190).

228 BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 a.E.

tigkeit einer «Analyse der tatsächlichen wirtschaftlichen Bedeutung der zu beurteilenden Rechtsverhältnisse [...]. Dabei ist das Recht zur Nutzung nicht nur dann zu verneinen, wenn eine Rechtspflicht zur Weiterleitung der Nettoerträge besteht, sondern auch dann, wenn der Empfänger zwar keiner formellen Verpflichtung zur Weiterleitung unterliegt, sich aber aus der Gesamtheit der Umstände schliessen lässt, dass ihm der Kapitalertrag nicht verbleibt»²²⁹. Knapp (vom Bundesgericht so) zusammengefasst bedeutet das, dass «[d]as Recht zur Nutzung gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG [...] in wirtschaftlicher Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung sämtlicher massgeblicher Umstände zu prüfen» ist.²³⁰

- 93 Damit ist aus bundesgerichtlicher Optik klar, dass methodisch eine umfassende wirtschaftliche Betrachtung erforderlich ist, um den Nutzungsberechtigten zu ermitteln. Welcher Art die so zu ermittelnde Subjekt-Objekt-Relation sein muss, legt das Bundesgericht nicht fest. Klar ist nur, dass es um die Frage geht, wem der Nutzen bzw. der Ertrag²³¹ letztendlich tatsächlich zukommt und verbleibt.²³²

B. Lehre

- 94 Ebenso wie die ältere Rechtsprechung sprach sich die ältere Lehre für ein enges Verständnis der Nutzungsberechtigung aus.²³³ Die neuere Lehre befürwortet, ebenso wie das Bundesgericht, ein weiteres Verständnis der Nutzungsberechtigung.²³⁴
- 95 BAUMGARTNER erörtert die Subjekt-Objekt-Relation eingehend²³⁵ und kommt zum Schluss, dass auf die Verfügungsberechtigung abzustellen sei.²³⁶ Damit meint er die Möglichkeit des Subjekts, «frei über diese Erträge verfügen [zu können], mithin ein uneingeschränktes Nutzungsrecht» zu haben.²³⁷

229 BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 708; BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.3.f.

230 BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 6.1. a.A.

231 Zum Verhältnis zwischen Nutzen und Ertrag s. oben Rz. 89 f.

232 BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395; BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 708; BGer 2A.572/2003 vom 25. Oktober 2004 E. 3.5.2.; BGer 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007 E. 4.1.; BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 3.1.; BGer 2C_404/2015 vom 15. September 2016 E. 3.3.2.

233 Vgl. dazu oben Rz. 79.

234 S. dazu oben Rz. 78.

235 BAUMGARTNER, Konzept, 48 ff.

236 BAUMGARTNER, Konzept, 60 und 75.

237 BAUMGARTNER, Konzept, 60. Da diese Definition (eines Elements) der Nutzungsberechtigung sich auf das «Nutzungsrecht» bezieht, ist sie zirkulär (vgl. dazu unten Rz. 904).

Nebst diesem Kriterium könnten als weitere Indizien²³⁸ zur Bestimmung des Nutzungsberechtigten die Verwendung der Erträge im eigenen Interesse und das Kriterium der Risikoübernahme herangezogen werden.²³⁹ Nicht relevant seien demgegenüber die steuerliche Zurechnung und Behandlung der Erträge sowie subjektive Elemente wie bspw. Motive der betreffenden Person.²⁴⁰

BAUER-BALMELLI hält fest, dass es sich beim Recht zur Nutzung nicht um eine zivilrechtliche, sondern um eine wirtschaftliche Formel handle²⁴¹ und das Nutzungsrecht entsprechend auch rein faktisch begründbar sei.²⁴² Ausführungen zur Art der massgeblichen Subjekt-Objekt-Relation macht sie nicht. Deutlicher wird HOCHREUTENER, der vertritt, dass «[d]ie Nutzungsberechtigung [...] ausschliesslich unter der *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* zu prüfen» ist.²⁴³ Inhaltlich ist für ihn entscheidend, dass die betreffende Person eine eigene Entscheidungsbefugnis über die Verwendung der Erträge hat.²⁴⁴ LISSI äussert sich nur knapp, schliesst sich aber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an.²⁴⁵ MISTELI (an)erkennt, dass sich das Bundesgericht vom zivilrechtlichen Nutzenbegriff losgesagt hat, und hält dementsprechend fest, dass nutzungsberechtigt ist, «[w]er einen Ertrag einzieht und auch tatsächlich behalten darf».²⁴⁶

Im Gegensatz zur neueren Lehre sind PFUND/ZWAHLEN der Ansicht, dass für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Nutzungsberechtigung, vor dem Hintergrund des Steuerumgehungstatbestandes von Art. 21 Abs. 2

238 Die Verfügungsberechtigung ist gemäss BAUMGARTNER eine «notwendige Bedingung» für die Nutzungsberechtigung (BAUMGARTNER, Konzept, 51 und 60), wohingegen es sich bei den anderen Kriterien um Indizien handelt (vgl. a.a.O., 52, 55, 56, 61).

239 BAUMGARTNER, Konzept, 61. Die Übernahme der mit den Erträgen verbundenen Risiken stellt gemäss BAUMGARTNER ein gewichtiges Indiz dar, die Übernahme der mit dem Vermögenswert selbst verbundenen Risiken hingegen ein weniger gewichtiges (a.a.O., 54 ff. und 61).

240 BAUMGARTNER, Konzept, 61.

241 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 115; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 8.

242 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 119; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 17; DIES., Steuerumgehung, 180.

243 HOCHREUTENER, Ergänzungsband, Rz. 326 [Hervorhebung im Original].

244 HOCHREUTENER, Ergänzungsband, Rz. 330. Plastischer die ältere Formulierung, wonach entscheidend war, ob über den Ertrag «nach eigenem Gutdünken» verfügt werden konnte (DERS., Verrechnungssteuer, Rz. 1458). Die eigene Entscheidungsbefugnis fehlt insb. dann, wenn der Ertrag weitergeleitet werden muss (vgl. DERS., Ergänzungsband, Rz. 331 ff.).

245 LISSI, Steuerfolgen, 165 f. LISSI pflichtet der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar nur «grundsätzlich» bei, nennt aber keine Einschränkungen und lässt auch offen, ob er die ältere oder neuere Rechtsprechung meint (ebd.).

246 MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 300 f. Das Nutzungsrecht fällt insb. dann dahin, wenn eine Pflicht zur Weiterleitung besteht (a.a.O., Rz. 301).

VStG, «nicht nur kein Bedürfnis, sondern [...] auch kein Raum» bleibe.²⁴⁷ Entsprechend vertreten sie, dass das Recht zur Nutzung ein dingliches oder obligatorisches Recht sein müsse.²⁴⁸ Den Hinweis des Bundesgerichts auf die Massgeblichkeit der effektiven Gegebenheiten verstehen sie bloss als Abschluss der Simulation.²⁴⁹ Massgebend sei entsprechend die «wahre Natur des Rechtsverhältnisses.»²⁵⁰

98 Die neuere Lehre ist also – wie das Bundesgericht – der Ansicht, dass für die Nutzungsberechtigung entscheidend ist, wer bei einer wirtschaftlichen Betrachtung letztlich über das Objekt verfügen kann.

C. Stellungnahme

99 Die Nutzungsberechtigung wurde früher sowohl vom Bundesgericht wie von der Lehre als Massgeblichkeit der wirtschaftlichen Seite der *Berechtigung* des Subjekts am Objekt verstanden. Im Kern ging es also um eine Betrachtung der tatsächlich gegebenen (i.S.v. nicht simulierten) Rechtsverhältnisse. Heute dagegen geht es um eine wirtschaftliche Betrachtung von Berechtigungen, wobei der Fokus auf *wirtschaftlich* und *nicht* auf *Berechtigung* liegt. Diese wirtschaftliche Betrachtung geht so weit, dass eine rechtliche Beziehung nicht mehr eine notwendige Voraussetzung für die Nutzungsberechtigung ist, sondern tatsächliche Gegebenheiten ebenso entscheidend sein können. Das Begriffsverständnis hat sich also grundlegend gewandelt.²⁵¹

100 Dass zur Ermittlung der Nutzungsberechtigung methodisch auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abgestellt wird, ist mit Blick auf die Identifikationsfunktion (d.h. der Ermittlung des *effektiv* Berechtigten)²⁵² sinnvoll. Ausserdem ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise (insb.) dem Steuerrecht nicht fremd.²⁵³ Massgeblich ist, dass das Subjekt auf beliebige Art und Weise (recht-

247 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.25 a.E.

248 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.22.

249 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.22.

250 PFUND/ZWAHLEN, Verrechnungssteuer II, Art. 21 N 2.24 [Hervorhebung hinzugefügt].

251 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1455; vgl. auch BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 119. In der *Botschaft VStG II*, 54 wird ohne Umschweife festgehalten, dass es «sich beim Nutzungsrecht um einen wirtschaftlichen und nicht um einen zivilrechtlichen Begriff» handle.

252 S. dazu oben Rz. 71.

253 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 332; KOBIERSKI, Durchgriff, 50; KUNZ, Sondermethodik, 152; NOBEL, Betrachtungsweise, 462; RIEMER, Betrachtungsweise, 129; vgl. ferner NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1225 ff. für einen kurzen Überblick über die Entwicklung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht.

lich oder tatsächlich) über das Objekt verfügen kann. Zugegebenermassen hat der Gesetzeswortlaut mit der Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre nicht mitgehalten und deutet noch auf eine Betrachtung hin, die ausschliesslich rechtliche Beziehungen berücksichtigt.

Nichtsdestotrotz verdienen dieser Wandel und damit die neuere Rechtsprechung und Lehre Zustimmung. Die formalistische ältere Ansicht vermag gerade in komplexen Strukturen²⁵⁴ (insb. ohne «verrechtlichte» Weiterleitungspflichten) kaum den tatsächlichen Leistungsempfänger zu identifizieren. Es stellt sich mit diesem neuen und offenen Verständnis aber die Frage nach dem Unterschied bzw. der Abgrenzung zur Steuerumgehung.²⁵⁵ Darauf ist im Folgenden kurz einzugehen.

VI. Abgrenzungen

A. Zum Steuerumgehungsvorbehalt

Das Gesetz selbst normiert den Vorbehalt der Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer explizit in Art. 21 Abs. 2 VStG. Damit wird in gesetzessystematischer Hinsicht eine Unterscheidung zwischen Nutzungsberechtigung und Steuerumgehung gemacht. Nichtsdestotrotz ist die Abgrenzung unklar.

Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – (noch) nicht zur Frage der Abgrenzung geäussert.²⁵⁶ Allerdings trennt es jeweils die beiden Fragekomplexe und unterzieht sie einer gesonderten Prüfung²⁵⁷ oder führt aus, die Steuerumgehung sei nur zu prüfen, wenn feststehe, dass die Rückerstattungsvoraussetzungen erfüllt sind.²⁵⁸ Die Nutzungsberechtigung und die

254 Exemplarisch BGer 2C_344/2018 vom 4. Februar 2020 E. 3.1.

255 Vgl. HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1457, wonach die Aufweichung des Begriffs der Nutzungsberechtigung dazu geführt hat, dass er kaum noch von der Steuerumgehung zu unterscheiden sei; ähnlich BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 163.

256 In BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 hielt das Bundesgericht fest, dass aufgrund des Umgehungstatbestands kein Anlass bestünde, «Missbräuchen durch eine entsprechend enge zivilrechtliche Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG zu begegnen.» Damit hat sich das Bundesgericht (implizit) für eine Trennung der beiden Fragen ausgesprochen, sich aber nicht zur Frage der Abgrenzung geäussert.

257 BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 a. E.; BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 707 ff. (Nutzungsberechtigung) und 716 ff. (Steuerumgehung); BGer 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007 E. 4. (Nutzungsberechtigung) und E. 5. (Steuerumgehung); weniger deutlich BGE 118 Ib 312 E. 2. a) und 2. e) sowie BGer 2C_470/2018 vom 5. Oktober 2018 E. 6.3.2.

258 BGE 147 II 338 E. 2.4 (=Pra 2022 Nr. 29); BGE 142 II 9 E. 4. (=Pra 2016 Nr. 68).

Steuerungsumgehungen sind also auseinanderzuhalten, doch fehlt in der bundesgerichtlichen Praxis eine klare Abgrenzung.²⁵⁹

- 104 Einlässlicher setzt sich die (neuere²⁶⁰) Lehre mit der Frage auseinander. BAUER-BALMELLI hält fest, dass sich die beiden Kriterien – Recht zur Nutzung und Steuerungsumgehung – inhaltlich überschneiden und dass der Steuerungsumgehungstatbestand bei wirtschaftlicher Interpretation der Nutzungsberechtigung fast keine Bedeutung mehr hat.²⁶¹ Sie schlägt vor, dass zunächst die Nutzungsberechtigung sorgfältig zu prüfen sei. Wird diese bejaht und das Ergebnis stellt sich «in hohem Masse als ungerecht und stossend» heraus, sei die Steuerungsumgehung zu prüfen.²⁶² Der Unterschied liege also letztlich beim missbräuchlichen Vorgehen.²⁶³ BAUMGARTNER folgt der Auffassung von BAUER-BALMELLI.²⁶⁴ Er spricht sich des Weiteren mit Blick auf die Gesetzes-systematik ausdrücklich dagegen aus, die Nutzungsberechtigung als Missbrauchsbestimmung zu qualifizieren.²⁶⁵ Ausserdem stelle das Recht zur Nutzung, im Gegensatz zur Steuerungsumgehung, ausschliesslich auf objektive Kriterien ab.²⁶⁶ LISSI äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, scheint jedoch in Anlehnung an das Bundesgericht eine (grundsätzliche) Trennung der Nutzungsberechtigung und der Steuerungsumgehung zu befürworten.²⁶⁷ MISTELI ist der Ansicht, das Recht zur Nutzung sei «eine Bestimmung zur Verhinderung von Missbräuchen».²⁶⁸ Damit schränke sich der Anwendungsbereich der Steuerungsumgehungsbestimmung erheblich ein.²⁶⁹ Nichtsdestotrotz trennt er die Steuerungsumgehung und die Nutzungsberechtigung.²⁷⁰ HOCHREUTENER ist ebenfalls der Ansicht, dass die beiden Fragen getrennt werden müssen.²⁷¹

259 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 162 ff.; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 53; DIES., Steuerungsumgehung, 171 und 173; BAUMGARTNER, Konzept, 243 f.; HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1528.

260 Die ältere Lehre hatte durch ihr formalistisches Verständnis der Nutzungsberechtigung (s. dazu oben Rz. 97) noch kein Abgrenzungsproblem (s. dazu oben FN 255).

261 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 163; DIES.-Komm. VStG, Art. 21 N 54; DIES., Steuerungsumgehung, 173 f.

262 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 166.

263 BAUER-BALMELLI-Komm. VStG, Art. 21 N 53; DIES., Steuerungsumgehung, 173.

264 BAUMGARTNER, Konzept, 244.

265 BAUMGARTNER, Konzept, 244 f.

266 BAUMGARTNER, Konzept, 245.

267 LISSI, Steuerfolgen, 166 mit Verweis auf BGer 25. Januar 1985, ASA 1985/1986, 386 ff., 395 (s. dazu auch oben FN 256).

268 MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 101.

269 MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 101.

270 Vgl. MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 100 und Rz. 303.

271 HOCHREUTENER, Ergänzungsband, Rz. 324.

Die Nutzungsberechtigung beurteile sich nach rein objektiven Kriterien, wohingegen die Steuerumgehung zwingend subjektive Kriterien berücksichtigen müsse.²⁷² Gemäss HOCHREUTENER hat die Annahme einer Steuerumgehung eine andere Rechtsfolge als die Ablehnung der Nutzungsberechtigung. Sollte der Antragsteller nicht nutzungsberechtigt sein, so ist es eine andere Person, die dann allenfalls die Rückerstattung fordern könnte.²⁷³ Bei der Steuerumgehung sei die Rückerstattung der Verrechnungssteuer definitiv ausgeschlossen, sodass niemand mehr sie zurückfordern könne.²⁷⁴

Insgesamt besteht also Einigkeit, dass das Recht zur Nutzung und die Steuerumgehung (i) abgegrenzt werden müssen,²⁷⁵ (ii) diese Abgrenzung in der Praxis nicht sauber gemacht wird und (iii) die Abgrenzung schwierig ist bzw. die Details mehr oder weniger ungeklärt sind.²⁷⁶ Viele der gemachten Unterscheidungen erscheinen mehr als Wortspielerei, denn substantziell ausdifferenzierte Abgrenzung. Es gibt immerhin eine gewisse Einigkeit darüber, dass für die Nutzungsberechtigung – im Gegensatz zur Steuerumgehung – subjektive Elemente irrelevant sind.²⁷⁷

B. Zur wirtschaftlichen Verfügungsmacht

Die steuerrechtliche Literatur und Rechtsprechung verwenden im Zusammenhang mit der Einkommenssteuer bisweilen den Begriff der wirtschaftlichen Verfügungsmacht.²⁷⁸ Die wirtschaftliche Verfügungsmacht ist dabei

272 HOCHREUTENER, Ergänzungsband, Rz. 324.

273 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1548. Er schreibt dabei von einem «Durchgriff auf eine andere Person» (ebd. [Hervorhebung im Original]) und bringt damit einen Begriff ins Spiel, der relativ eng mit der Missbrauchsthematik verbunden ist (KOBERSKI, Durchgriff, 49; vgl. ferner unten Rz. 853 ff.), obwohl er sich selbst für eine Trennung der beiden Fragen ausspricht.

274 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1550 f.

275 S. auch KUNZ, Sondermethodik, FN 181, wonach die Rechtsumgehung und die wirtschaftliche Betrachtungsweise – und um eine solche geht es bei der Nutzungsberechtigung (s. dazu oben Rz. 98 und Rz. 100) – nicht Synonyme sind; ebenso schon TADDEI, Verfügungsmacht, 44 ff.

276 S. auch KUNZ, Sondermethodik, 152, der festhält, dass die Abgrenzung zwischen Rechtsumgehung und wirtschaftlicher Betrachtungsweise – und um eine solche geht es bei der Nutzungsberechtigung (s. dazu oben Rz. 98 und Rz. 100) – methodisch nicht eindeutig ist; ferner DERS., Besonderheiten, Rz. 24.

277 HERMANN/REDING/WINCKLER, Verrechnungssteuer, 895; ähnlich (im Verhältnis wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Steuerumgehung) bereits TADDEI, Verfügungsmacht, 45.

278 S. etwa REICH/WEIDMANN-Komm. DBG, Art. 16 N 34; einlässlich TADDEI, Verfügungsmacht, *passim*, der v.a. wirtschaftliche Handänderungen (und damit Fragen des Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuerrechts) mit diesem Begriff in Verbindung bringt (a.a.O., 20); s. dazu auch BGE 148 II 121 E. 6.3. (einlässlich zu diesem Entscheid: ENGSTLER, Handänderungssteuer, 86 ff.).

ein Kriterium, um Erträge einem Steuerpflichtigen zuzurechnen.²⁷⁹ Auf die *wirtschaftliche* Verfügungsmacht wird deshalb abgestellt, weil es sich beim Einkommenszufluss (im steuerrechtlichen Sinne) um einen faktischen Vorgang handelt,²⁸⁰ der Einkommensbegriff mithin wirtschaftlich und nicht zivilrechtlich geprägt ist.²⁸¹

107 Diese Ausführungen legen nahe, dass zwischen der Nutzungsberechtigung und der wirtschaftlichen Verfügungsmacht einige Ähnlichkeiten bestehen dürften. WEIDMANN vertritt denn auch, dass die Nutzungsberechtigung eine vergleichbare Funktion hat.²⁸² Subjekt im Konzept der wirtschaftlichen Verfügungsmacht sei ein (Einkommens-)Steuersubjekt, das Objekt ein Steuerobjekt.²⁸³ Zur Subjekt-Objekt-Beziehung äussern sich aber – mit Ausnahme von TADDEI – weder Lehre noch Rechtsprechung detailliert. TADDEI vertritt, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht «die vom Eigentum abgespaltenen Berechtigungen, die den Berechtigten eine dem Eigentümer ähnliche Stellung im Verhältnis zur Sache geben», umfasst.²⁸⁴ Die wirtschaftliche Verfügungsmacht sei somit Bestandteil des Eigentums und könne von diesem durch Rechtsgeschäft oder bloss tatsächlich abgespalten werden.²⁸⁵ Die wirtschaftliche Verfügungsmacht entspreche «realwirtschaftlicher Herrschaftsgewalt».²⁸⁶ WEIDMANN postuliert, dass der Begriff der Nutzungsberechtigung enger sei als derjenige der wirtschaftlichen Verfügungsmacht, da die Nutzungsberechtigung etwa bei einer vertraglichen Weiterleitungspflicht entfallen würde.²⁸⁷

279 WEIDMANN, *Realisation*, 95 und 101; vgl. auch BGer 2C_214/2014 vom 7. August 2014 E. 3.3.2.; implizit auch REICH, *Bereicherung*, 6, der Einkommen als «Zunahme der wirtschaftlichen Verfügungsmacht eines Steuerpflichtigen» betrachtet [Hervorhebung im Original].

280 BGer 2C_214/2014 vom 7. August 2014 E. 3.3.2.; REICH, *Bereicherung*, 7; REICH/WEIDMANN-Komm. DBG, Art. 16 N 34. In Anwendung des sog. Faktizitätsprinzips können sogar Vermögenszugänge, die auf nichtigen Rechtsgeschäften basieren, einem Steuerpflichtigen zugerechnet werden (REICH, *Bereicherung*, 6; REICH/WEIDMANN-Komm. DBG, Art. 16 N 21c).

281 BGer 2C_692/2013 vom 24. März 2014 E. 4.2.; das Gericht scheint die wirtschaftliche Verfügungsmacht als einen Anwendungsfall der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu sehen (ebd.); REICH, *Bereicherung*, 6; WEIDMANN, *Realisation*, 95.

282 WEIDMANN, *Realisation*, 101.

283 Vgl. WEIDMANN, *Realisation*, 95 und 101, wonach mit dem Konzept wirtschaftlicher Verfügungsmacht die Zurechnung von Erträgen (d.h. einem Steuerobjekt) zu einem Steuerpflichtigen (d.h. einem Steuersubjekt) erfolge.

284 TADDEI, *Verfügungsmacht*, 55 a.E.

285 TADDEI, *Verfügungsmacht*, 57 ff.

286 TADDEI, *Verfügungsmacht*, 57 a.E.

287 WEIDMANN, *Realisation*, 101.

Da der Begriff der wirtschaftlichen Verfügungsmacht nicht (in den Einkommenssteuergesetzen) normiert ist²⁸⁸ und in der Lehre noch zu wenig ausgearbeitet wurde, wird auf eine weitere Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit verzichtet. Gewisse inhaltliche Ähnlichkeiten mit der Nutzungsberechtigung und strukturelle Ähnlichkeiten mit der Arbeitsdefinition der wirtschaftlichen Berechtigung²⁸⁹ können jedoch nicht von der Hand gewiesen werden.

VII. Zusammenfassung

Das ursprünglich v.a. als Missbrauchsbestimmung konzipierte Recht zur Nutzung gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG – bzw. dessen Rezeption in Rechtsprechung und Lehre – hat sich im Lauf der Zeit grundlegend geändert. Es wird mittlerweile weitgehend losgelöst von der Missbrauchsthematik als positives Anspruchskriterium verstanden. Es hat dabei, aufgrund der systemimmanenten Anonymität der Belastung durch die Verrechnungssteuer, die Funktion eines Zuordnungselements. Die Zuordnung geschieht dabei mittels einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise; das frühere zivilrechtlich geprägte Verständnis der Nutzungsberechtigung ist überholt.

Die Subjektseite des Konzepts der Nutzungsberechtigung ist aufgrund mangelnder Praxisrelevanz nicht geklärt. Objekt ist jeweils ein Vermögenswert, der einen verrechnungssteuerbelasteten Ertrag abwirft. Die Beziehung zwischen Subjekt und Objekt liegt darin, dass das Subjekt wirtschaftlich betrachtet letztendlich über das Objekt verfügen kann. Die Abgrenzungsprobleme zur Steuerumgehung, die dieses offene Verständnis der Nutzungsberechtigung mit sich bringt, sind (noch) nicht restlos geklärt.

VIII. Exkurs: Beneficial Ownership im internationalen Steuerrecht

Grundsätzlich können nur Inländer die Verrechnungssteuer zurückfordern.²⁹⁰ Damit hat die Verrechnungssteuer hinsichtlich der Ausländer i.d.R.

288 WEIDMANN, Realisation, 101.

289 S. dazu oben Rz. 14 ff.

290 Vgl. etwa Botschaft VStGI, 954. Die Verrechnungssteuer soll nur für den inländischen Defraudanten und den Ausländer eine endgültige Belastung sein (BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 3; PFUND, Verrechnungssteuer I, Einl. N1).

einen Fiskalzweck.²⁹¹ Das ist dann anders, wenn ein DBA besteht, das dem Ausländer eine (evtl. partielle) Rückforderung ermöglicht. Diese Rückforderung ist wie im nationalen Verrechnungssteuerrecht an Voraussetzungen geknüpft. Eine davon ist regelmässig Beneficial Ownership.²⁹² Im DBA-Recht übernimmt das Konzept der Beneficial Ownership²⁹³ eine ähnliche Funktion wie die Nutzungsberechtigung im nationalen Verrechnungssteuerrecht.²⁹⁴ Damit ist klar, dass es im Bereich des internationalen Steuerrechts zu ähnlichen Zuordnungsproblemen kommen kann wie im nationalen Verrechnungssteuerrecht. Mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit wird hier keine umfassende Darstellung angestrebt;²⁹⁵ es geht nur um eine knappe Übersicht im Sinne eines Exkurses.²⁹⁶

112 Es ist darauf hinzuweisen, dass Beneficial Ownership im internationalen Steuerrecht, und zwar im Bereich des Informationsaustausches, seit Neurem²⁹⁷ noch eine weitere Bedeutung hat. Dabei geht es nicht um Anspruchsberechtigungen, sondern darum, dass Informationen betreffend Beneficial Ownership juristischer Personen, anderer Konstrukte (wie Trusts) und Bank-

291 BGer 18. Mai 1993, ASA 1993/1994, 705 ff., 717; BGer 2C_404/2015 vom 15. September 2016 E. 2.3.

292 BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 168. In diesem Kapitel wird der Begriff des Beneficial Owner bzw. der Beneficial Ownership – in Abgrenzung zur Nutzungsberechtigung im nationalen Steuerrecht – für das Konzept im internationalen Steuerrecht verwendet, auch wenn im internationalen Steuerrecht teilweise ebenfalls der Begriff der Nutzungsberechtigung verwendet wird (vgl. etwa Art. 10 Abs. 2 und 3 DBA-DK).

293 ALTENBURGER, Spannungsfeld, *passim* scheint die Begriffe Nutzungsberechtigung, effektiv Nutzungsberechtigter und Beneficial Owner synonym zu verwenden. HOCHREUTENER, Ergänzungsband, Rz. 248 plädiert dafür, den Begriff der Nutzungsberechtigung sowohl im nationalen wie im internationalen Steuerrecht zu verwenden.

294 BAUMGARTNER, Konzept, 243; MARANTELLI, Gedankensplitter, 55 f.; vgl. auch BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 168 f. und 177; HERMANN/REDING/WINCKLER, Verrechnungssteuer, 898 a.E.; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 203; BLOCH-RIEMER, DBA, 119 schreibt von einer «inhaltlichen Nähe»; HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1637 nennt die beiden Konzepte «vergleichbar» bzw. schreibt von einer «nahen Verwandtschaft» (DERS., Ergänzungsband, Rz. 248); s. auch BGer 2C_404/2015 vom 15. September 2016 E. 3.3.2, in dem es um das Nutzungsrecht gemäss VStG ging und das Bundesgericht dennoch (ohne weiteren Hinweis) u.a. auf BGE 141 II 447 E. 5.2 f. verwies (wo es um das internationale Steuerrecht ging); BGer 2C_383/2013 vom 2. Oktober 2015 E. 4.1., wonach der Begriff der effektiven Nutzungsberechtigung im DBA-DK «zumindest weitgehend» übereinstimmt mit demjenigen der Nutzungsberechtigung gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG.

295 S. dazu oben Rz. 7: internationales Recht ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

296 Grundlegend zu dieser Thematik im internationalen Steuerrecht der Schweiz: BAUMGARTNER, Konzept, *passim*; zum internationalen Steuerrecht allgemein etwa MEINDLINGER, Ownership, *passim*.

297 Vgl. Global Forum / IDB, Toolkit, 6; älter im DBA-Recht (s. dazu sogleich unten Rz. 113).

konten erhoben und (automatisch oder auf Anfrage) ausgetauscht werden.²⁹⁸ Ziel ist es, mittels der so geschaffenen Transparenz die Integrität des Steuersystems zu wahren.²⁹⁹ Beneficial Ownership in diesem Sinne deckt sich inhaltlich weitestgehend mit dem Konzept der GAFI.³⁰⁰ Der folgende Exkurs bezieht sich ausschliesslich auf Beneficial Ownership i.S.d. DBA-Rechts.

Der Begriff des Beneficial Owner wurde im internationalen Steuerrecht 113 erstmals im Jahr 1966 in einem Protokoll zu einem Abkommen zwischen den USA und Grossbritannien verwendet.³⁰¹ Im Jahr 1977 tauchte der Begriff dann in einem OECD-Musterabkommen auf.³⁰² Für die Schweiz ist dies insofern relevant, als fast alle DBA der Schweiz auf dem OECD-Musterabkommen basieren.³⁰³ Überdies vertritt die h.L., dass das Konzept des Beneficial Owner sogar ohne explizite Erwähnung im jeweiligen DBA zur Anwendung kommt.³⁰⁴

Im Folgenden soll kurz dargelegt werden, wie das Konzept der Beneficial 114 Ownership im internationalen Steuerrecht verstanden wird, um dann die Bezüge zum Recht zur Nutzung gemäss schweizerischem Verrechnungssteuerrecht zu beleuchten.

A. Konzept im internationalen Steuerrecht

Obwohl (oder vielleicht gerade weil) es kaum überschaubare Mengen an Lite- 115 ratur und Praxis³⁰⁵ zu Beneficial Ownership im internationalen Steuerrecht gibt, wird immer wieder darauf hingewiesen, dass letztlich unklar oder um-

298 Global Forum/IDB, Toolkit, 2 und 9 f. sowie 37 f.

299 Global Forum/IDB, Toolkit, 2.

300 Global Forum/IDB, Toolkit, 6, 10 ff. sowie 30.

301 AVERY JONES ET AL., Origins, 249; DU TOIT, Evolution, 500; a.M. VANN, Beneficial, 271, der von einem Abkommen aus dem Jahr 1942 zwischen Kanada und den USA ausgeht; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 202 sowie MARANTELLI, Gedankensplitter, 55 gehen allgemein von einem «Ursprung im angloamerikanischen Rechtskreis» aus.

302 AVERY JONES ET AL., Origins, 249; der Entwurf stammt aus dem Jahr 1974 (ebd.); DU TOIT, Evolution, 500; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 202; MARANTELLI, Gedankensplitter, 55; OBERSON, Précis, Rz. 843; VANN, Beneficial, 281; ALTENBURGER, Spannungsfeld, 162 a.A. scheint dabei von der ersten Verwendung überhaupt auszugehen; detailliert zur Begriffsgeschichte im OECD-Musterabkommen: MEINDL-RINGLER, Ownership, 14 ff.

303 BAUMGARTNER, Konzept, 187.

304 BAUMGARTNER, Konzept, 187; LIÉGEOIS, Taxation, 133; OBERSON, Précis, Rz. 845. Gemäss LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 211 f. sowie MARANTELLI, Gedankensplitter, 61 f. FN 35, je m.w.H., wird dies nur von einem Teil der Lehre vertreten. Für eine Übersicht der Schweizer DBA mit Angabe, ob das Konzept erwähnt wird: BAUMGARTNER, Konzept, 427 ff.

305 OBERSON, Précis, Rz. 571.

stritten sei, was damit gemeint ist.³⁰⁶ Gerade in Civil-Law-Ländern führe dieses aus dem Trust-Recht stammende Konzept zu Schwierigkeiten.³⁰⁷

- 116 In der Doktrin wird kontrovers diskutiert, ob es sich bei Beneficial Ownership um eine Missbrauchsbestimmung oder eine (Einkommens-)Zuordnungsregel handelt.³⁰⁸ Ebenso ist umstritten, ob es um eine rechtliche oder eine faktische bzw. wirtschaftliche Betrachtungsweise geht.³⁰⁹ Die Diskussionen sind damit im Wesentlichen dieselben wie im Zusammenhang mit dem Recht zur Nutzung im nationalen Verrechnungssteuerrecht, mit dem Unterschied, dass es noch keine Mehrheitsmeinung gibt.³¹⁰

B. Konzept im internationalen Steuerrecht der Schweiz

- 117 Das Bundesgericht hat sich mehrfach zum Konzept des Beneficial Owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz geäußert.³¹¹ Es betrachtet Beneficial Ownership als «Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung von Abkommensvorteilen [...]. Massgeblich ist die Intensität der Beziehung zwischen einem Steuersubjekt und einem Steuerobjekt gemäss dem Umfang der Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Verwendung der Einkünfte. Es geht also um Merkmale des Eigentums und der wirtschaftlichen Kontrolle bzw. der tatsächlich ausgeübten Befugnisse, und zwar nicht in einem engen

306 LISSI, Steuerfolgen, 167 und 171; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Steuerrecht, 203 ff. sowie 213 ff.; MARANTELLI, Gedankensplitter, 64 f.; MATTEOTTI, Treaty, Ziff. 2.2.1; DU TOIT, Evolution, 500: «Beneficial ownership is probably the most well-known undefined treaty term and its international tax meaning is a matter that lends itself to much debate»; ähnlich OLIVER ET AL., Ownership, 310: «almost ever since [the first appearance of the term], the question has been «what does it mean»»; vgl. auch STOYANOV/SANSONETTI, Bénéficiaire, 1176.

307 AVERY JONES ET AL., Origins, 246 f.; vgl. dazu ferner unten Rz. 860 ff.

308 MEINDL-RINGLER, Ownership, 340 f. legt dar, dass das Konzept früher als «attribution-of-income rule» verstanden wurde, heute eher als «narrow anti-avoidance rule», und vertritt selbst Ersteres (a.a.O., 385); OLIVER ET AL., Ownership, 323 sprechen sich tendenziell gegen das Verständnis als Missbrauchsbestimmung aus; s. für eine umfassende Übersicht über die diversen Standpunkte die Beiträge in LANG MICHAEL/PISTONE PASQUALE/SCHUCH JOSEF/STARINGER CLAUS/STORCK ALFRED (Hrsg.), Beneficial Ownership: Recent Trends, Amsterdam 2013.

309 DU TOIT, Evolution, 509 nennt dies die beiden wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit diesem Konzept; OLIVER ET AL., Ownership, 325 sprechen sich gegen ein wirtschaftliches Verständnis aus.

310 Wobei sich einzelne Länder (bzw. deren Gerichte) teilweise für die eine oder andere Auslegung entschieden haben (vgl. DU TOIT, Evolution, 503 ff.); für eine Meinungsübersicht s. LISSI, Steuerfolgen, 171 ff.

311 S. etwa BAUMGARTNER, Ownership, *passim*; MATTEOTTI, Treaty, *passim*; mit Fokus auf das Bundesverwaltungsgericht: MENDES DE LEON, Approach, *passim*.

technischen bzw. formaljuristischen Sinn, sondern unter Einbezug der wirtschaftlichen Umstände».³¹²

Diese Ansicht deckt sich weitgehend mit der Lehre;³¹³ insb. mit der Ansicht von BAUMGARTNER, der das Bundesgericht in seinem Leitentscheid folgte.³¹⁴ Nicht restlos geklärt ist (auch hier)³¹⁵ das Verhältnis zu Missbrauchs- bzw. Steuerumgehungsstatbeständen.³¹⁶

Abschliessend muss ein jüngerer DBA-Entscheid des Bundesgerichts besonders erwähnt werden. In diesem hat sich das Gericht (etwas verklausuliert) zum Verhältnis zwischen Beneficial Ownership und wirtschaftlicher Berechtigung geäußert.³¹⁷ Das Bundesgericht erachtete den Beschwerdeführer nicht als Beneficial Owner³¹⁸ und führte weiter aus: «Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer wirtschaftlich an den ausbezahlten Dividenden und Zinserträgen berechtigt ist, weil er die [Gesellschaft] indirekt kontrolliert. Mit dem entsprechenden Argument verkennt der Beschwerdeführer, dass die verrechnungssteuerrechtlich für die Rückerstattung vorausgesetzte Empfängereigenschaft nicht mit der Frage zusammenfällt, wer gesellschaftsrechtlich betrachtet am Vermögen des Empfängers berechtigt ist. Selbst wenn eine mittelbare Berechtigung des Beschwerdeführers am Vermögen und den Erträgen der [Gesellschaft] ausgewiesen ist, berechtigt ihn dies nicht ohne weiteres zur Rückerstattung. Zumindest nach schweizerischem Verrechnungssteuerrecht ist der Beschwerdeführer damit nicht als Empfänger bzw. Nutzungsberechtigter der fraglichen Dividenden und Zinsen anzusehen.»³¹⁹

312 BGer 2C_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 4.1. mit Verweis auf den Leitentscheid BGE 141 II 447 E. 5.1. und E. 5.2.; s. auch BGer 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019 E. 3.3. (nicht publiziert in BGE 146 I 105); ferner BGer 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 3.1.

313 Vgl. BAUER-BALMELLI, Sicherungszweck, 169; STOYANOV/SANSONETTI, Bénéficiaire, 1179; ähnlich MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 362; OBERSON, Précis, Rz. 857.

314 BGE 141 II 447 E. 5.2.2. ff.

315 Vgl. dazu oben Rz. 102 ff.

316 Explizit offengelassen in BGE 141 II 447 E. 4.5. sowie BGer 2C_895/2012 vom 5. Mai 2015 E. 10.; in BGer 2A.239/2005 vom 28. November 2005 E. 3.5.3. hielt das Gericht zumindest fest, dass auch einem Beneficial Owner Missbrauch entgegengehalten werden kann, liess die Frage aber im Übrigen offen. BAUMGARTNER, Konzept, 222 ff. hält fest, dass eine Mehrheit vertritt, es handle sich um eine Missbrauchsbestimmung, ist selbst aber a.M. LISSI, Steuerfolgen, 184 spricht sich für eine klare Trennung aus und sieht die Missbrauchsverhinderung als blossen Nebeneffekt. S. für eine Meinungsübersicht BLOCH-RIEMER, DBA, 157 ff. (diese Autorin selbst ist der Ansicht, es handle sich um eine eigenständige Missbrauchsbestimmung (a.a.O., 159)).

317 BGer 2C_344/2018 vom 4. Februar 2020 E. 3.4.3. Im Übrigen zeigt dieser Entscheid geradezu exemplarisch, mit welchen verschachtelten (internationalen) Strukturen das Konzept zu Rande kommen muss (s. a.a.O. E. 3.1.).

318 BGer 2C_344/2018 vom 4. Februar 2020 E. 3.4.2.

319 BGer 2C_344/2018 vom 4. Februar 2020 E. 3.4.3.

120 Das Bundesgericht scheint also Beneficial Ownership und wirtschaftliche Berechtigung auseinanderhalten zu wollen. Es äussert sich jedoch nicht zu den Unterschieden oder zu den Gründen dieser Unterscheidung und spezifiziert nicht, was es mit wirtschaftlicher Berechtigung meint.³²⁰ Zudem hält es die Empfängereigenschaft und Beneficial Ownership nicht auseinander,³²¹ obwohl es sich um verschiedene Themen handelt,³²² sodass nicht klar ist, auf was sich die gewollte Unterscheidung beziehen soll.³²³ Weiter ist unklar, ob der Verweis auf das schweizerische Verrechnungssteuerrecht das nationale oder das internationale Schweizer Verrechnungssteuerrecht meint.³²⁴ Zu guter Letzt fällt noch auf, dass das Gericht die wirtschaftliche Berechtigung (bei ihrer zweiten Erwähnung in der oben wiedergegebenen E.) im Ergebnis als «*gesellschaftsrechtlich betrachtete Berechtigung* am Gesellschaftsvermögen» umschreibt. Das dürfte in etwa das Gegenteil dessen sein, was gemeinhin unter wirtschaftlicher Berechtigung verstanden wird.

121 Der Entscheid ist also für die vorliegende Untersuchung interessant, deutet er doch auf einen bundesgerichtlichen Willen zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Berechtigung und Beneficial Ownership (und evtl. gar Nutzungsberechtigung³²⁵) hin. Er ist aber zu undeutlich formuliert, um eindeutige Schlüsse daraus zu ziehen. Die Sache bleibt aus bundesgerichtlicher Sicht vorerst offen.

C. Verhältnis zum Recht zur Nutzung

122 In der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre wird von einer weitgehenden Ähnlichkeit der Konzepte Nutzungsberechtigung und Beneficial Ownership ausgegangen.³²⁶ HOCHREUTENER geht sogar so weit, die beiden Konzepte

320 So bleibt unklar, ob bspw. die wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG oder der GAFI-Meldepflichten im OR gemeint ist.

321 BGer 2C_344/2018 vom 4. Februar 2020 E. 3.4.3.: «Empfänger bzw. Nutzungsberechtigter».

322 Vgl. den Entscheid der Vorinstanz: BVGer A-5765/2016 vom 19. März 2018 E. 7.2. sowie E. 5.3.1. ff. und E. 5.4.1. ff.; ferner MARANTELLI, Gedankensplitter, 55 FN 3.

323 In aller Deutlichkeit äusserte sich – jedenfalls gemäss der Vorinstanz – die ESTV als erste Instanz: «Das «Recht zur Nutzung» könne nur einer Person zukommen, die die Vermögenserträge auch tatsächlich empfangen und vereinnahmt habe. Es könne nicht mit der (gesellschaftsrechtlichen) wirtschaftlichen Berechtigung [...] gleichgestellt werden» (BVGer A-5765/2016 vom 19. März 2018 Sachverhalt F).

324 Klar äusserte sich die Vorinstanz: «Die Frage des Zuflusses [d.h. die Empfängereigenschaft] beurteilt sich nach dem Recht des Quellenstaates und damit im vorliegenden Fall nach schweizerischem Recht, diejenige der Nutzungsberechtigung nach der abkommensautonomen Auslegung» (BVGer A-5765/2016 vom 19. März 2018 E. 7.2.).

325 Zur Unterscheidung der Begrifflichkeiten in dieser Arbeit s. oben FN 292.

326 S. oben FN 294; vgl. auch MISTELI, Dividenden-Stripping, Rz. 359 ff.

(implizit) gleichzusetzen, verweist er doch unter dem Titel Beneficial Ownership vollumfänglich auf die Ausführungen zur Nutzungsberechtigung.³²⁷

Für das schweizerische Verständnis von Beneficial Ownership mag diese – 123
zumindest funktionale – Gleichsetzung mit der Nutzungsberechtigung richtig sein. Im Hinblick auf das internationale Steuerrecht allgemein ist zu berücksichtigen, dass es (noch) keinen Konsens betreffend das Konzept der Beneficial Ownership gibt und teils diametral andere Auffassungen vertreten werden. Einige Ansichten decken sich wiederum weitgehend mit dem Verständnis betreffend Recht zur Nutzung. Damit ist hinsichtlich der Nutzungsberechtigung ein Verweis auf das internationale Steuerrecht schlechthin – im Gegensatz zum Verweis auf das schweizerische internationale Steuerrecht – nicht angezeigt.³²⁸

327 HOCHREUTENER, Verrechnungssteuer, Rz. 1637f. bzw. DERS., Ergänzungsband, Rz. 405.

328 Vgl. auch BLOCH-RIEMER, DBA, 119, die für den umgekehrten Fall festhält, dass die Begriffe aus dem nationalen Recht für die Auslegung von DBA «trotz ihrer inhaltlichen Nähe nicht direkt beziehbar» sind.

§5 Strafgesetzbuch (Art. 305^{ter} StGB)

124 Wenn vom wirtschaftlich Berechtigten bzw. wirtschaftlicher Berechtigung die Rede ist, dann nicht selten (wenn nicht sogar meistens) im Zusammenhang mit dem Geldwäschereirecht.³²⁹ Das Geldwäschereirecht umfasst im Wesentlichen zwei Aspekte:³³⁰ einen (repressiven) strafrechtlichen (Art. 305^{bis} StGB) und einen (präventiven) finanzmarktrechtlichen (GwG).³³¹ Diese beiden Aspekte bzw. Normkomplexe gehören funktional zusammen.³³² Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen und rechtlichen Grundprinzipien im jeweiligen Rechtsgebiet (sowie der hier gewählten chronologischen Reihenfolge) drängt sich jedoch eine separate Analyse der wirtschaftlichen Berechtigung im strafrechtlichen sowie im finanzmarktrechtlichen Geldwäschereirecht auf. Ungeachtet dessen soll der gemeinsame Ursprung der beiden Aspekte hier im Sinne einer kurzen³³³ Vorbemerkung aufgezeigt werden.

125 In den 1990er-Jahren hat die Schweiz drei «Massnahmenpakete zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens»³³⁴ erlassen.³³⁵ Der Erlass von

329 Dies ist wenig überraschend, war doch «Transparenz bezüglich [...] von Personen, die [...] wirtschaftlich an den Vermögenswerten berechtigt (sog. «beneficial owner») [sind], [...] von Anfang an eines der Mittel im Kampf gegen Geldwäscherei» (NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 19 a.E. [Hervorhebung weggelassen]).

330 Gemäss CAPUS, Selbstregulierung, 264 gibt es aus normativer Sicht drei Pfeiler: Strafrecht, Verwaltungsrecht und Privatrecht (womit die Selbstregulierung angesprochen ist (vgl. a.a.O., 266 ff.)); letztere Perspektive ist in der vorliegenden Untersuchung von untergeordneter Bedeutung (s. dazu unten Rz. 310).

331 KUNZ, Rechtsprechung 14/15, 56; s. auch CAPUS, Report, 127; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 36; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 191. Separat behandelt werden aufgrund ihrer thematischen Eigenständigkeit, Praxisrelevanz und gesetzgeberischen Verortung auch die Meldepflichten in Art. 697i ff. OR (s. dazu unten § 9), denn «[d]ie neuen Regelungen stammen zwar aus der Werkstatt der Geldwäschereibekämpfung. Über die unmittelbar geldwäschereibezogenen Vorschriften hinaus greifen sie aber auch grundlegend in das Gesellschaftsrecht ein» (LUTZ/KERN, GAFI, 305).

332 ACKERMANN-KKVKO II, Einl. N 3; ACKERMANN/ZEHNDER-KKVKO II, Art. 305^{bis} StGB N 100 a.E.; s. auch Art. 1 GwG sowie Botschaft GwG, 1106 wonach das GwG in die gleiche Richtung zielt wie die ersten beiden (strafrechtlichen) Massnahmenpakete zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens (dazu sogleich).

333 Detaillierte Ausführungen bei BECKER, Entwicklung, 38 ff.; CAPUS, Report, 127 ff.; SCHILD TRAPPE, Evolution, *passim*; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 15 ff.; s. ferner auch oben Rz. 43 f., Rz. 60, Rz. 63.

334 Botschaft GwG, 1106; detailliert zu diesen Massnahmenpaketen: MARIANI, GAFI, 219 ff.

335 BECKER, Entwicklung, 39.

Art. 305^{bis} StGB und Art. 305^{ter} StGB bildete das erste Massnahmenpaket,³³⁶ im zweiten Paket folgten eine Revision des strafrechtlichen Einziehungsrechts, des Art. 260^{ter} StGB (Kriminelle Organisation) und das Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB.³³⁷ Das GwG bildete das dritte Paket.³³⁸

Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird sowohl in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB als auch im GwG (insb. Art. 2a Abs. 3 GwG und Art. 4 GwG) verwendet. Wirtschaftliche Berechtigung ist im Geldwäschereirecht deshalb so relevant (und wird darum oft damit in Verbindung gebracht), weil die Verschleierung des wirtschaftlich Berechtigten für die Geldwäscherei elementar ist.³³⁹ Wer über deliktisch erlangte Vermögenswerte verfügt, will meist nicht mit diesen in Verbindung gebracht werden und wird in aller Regel nicht selbst in Erscheinung treten und schiebt deshalb nicht selten eine Strohperson vor.³⁴⁰ Aus Sicht der Geldwäschereibekämpfung ist es deshalb unerlässlich, durch solche Strukturen hindurchzublicken, also den wirtschaftlich Berechtigten zu kennen.³⁴¹

336 BECKER, Entwicklung, 40; dieses wurde erst im Nachhinein als solches betitelt (SCHILD TRAPPE, Evolution, 221).

337 Botschaft GwG, 1106; BECKER, Entwicklung, 46.

338 Botschaft GwG, 1106; BECKER, Entwicklung, 49.

339 BGer 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 4.2.2.: «Es kann als gerichtsnotorisch gelten, dass Geldwäscher sich häufig «komplexer Gesellschafts- bzw. Finanzstrukturen» bedienen, um den illegalen Ursprung der Finanzquellen bzw. die Identität der wirtschaftlich Berechtigten zu verschleiern.»

340 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 60; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 106 f.

341 CAPUS, Report, 185; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 60; LOMBARDINI, Banques, Rz. 380; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 221; NOBEL, Selbstregulierung, 128 schreibt, dass ein Festhalten an formellen Kriterien «geradezu zur Umgehung [einlade]»; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, 217 weist daraufhin, dass (jedenfalls nach vorherrschender Auffassung in den 1980er- und 1990er-Jahren) die «*know your customer*-Regel [...] die grundsätzlichste der finanzaufsichtsrechtlichen Pflichten zur Geldwäschereiprävention» ist [Hervorhebung im Original]; DERS.-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 3a hält sogar ganz allgemein fest, dass die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten «als das wichtigste Instrument in der Bekämpfung der Missbräuche von *offshore*-Finanzplätzen» gilt [Hervorhebung im Original]; a.M. DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 132, der mit Verweis auf die Möglichkeit, eine «falsche Spur» zu legen (etwa mittels Urkundendelikten), der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten eine «untergeordnete Bedeutung» zumisst – der Schwerpunkt müsse auf der Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe der Transaktion liegen. Dies überzeugt m.E. nicht, denn die blossе Möglichkeit der Vereitelung (durch deliktisches Verhalten) macht nicht die Pflicht als solche überflüssig bzw. dieser Einwand müsste dann konsequenterweise auch für die von DE CAPITANI favorisierte Pflicht gelten.

- 127 Daraus ist nicht der Schluss zu ziehen, der wirtschaftlich Berechtigte sei ein Geldwäscher, ein Krimineller oder mache sich eines anderweitig vorwerfbaren Verhaltens schuldig; dies wird in aller Regel nicht der Fall sein.³⁴²
- 128 Nach diesen einleitenden Bemerkungen liegt der Fokus nun auf dem strafrechtlichen Geldwäschereirecht. Art. 305^{bis} StGB stellt die Geldwäscherei unter Strafe. Allerdings spielt die wirtschaftliche Berechtigung in diesem Tatbestand keine Rolle. Dieser Begriff taucht in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB auf, wonach sich strafbar macht, «[w]er berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen».³⁴³ Zwischen Art. 305^{bis} StGB und Art. 305^{ter} StGB besteht eine funktionale Verbindung.³⁴⁴ Die korrekte Wahrnehmung der Identifikationspflicht erschwert Geldwäscherei und vereinfacht die Beweisführung in Geldwäschereistrafverfahren.³⁴⁵ Zudem dient Art. 305^{ter} StGB als Auffangnorm zu Art. 305^{bis} StGB.³⁴⁶
- 129 Bei Art. 305^{ter} StGB handelt es sich nicht um einen Geldwäschereitattbestand,³⁴⁷ sondern um «ersatzweises Finanzaufsichtsrecht»³⁴⁸ und damit «um eine atypischerweise ins StGB eingerückte verwaltungsstrafrechtliche Norm».³⁴⁹ Entsprechend richtet sich Art. 305^{ter} StGB nicht (nur) an Geld-

342 KISTLER, *Vigilance*, 173; STANISLAS, *Ayant*, 449f.

343 Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird auch in Art. 327f. StGB verwendet, jedoch nicht als Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich im Rahmen der Verweisung auf die durch diese Bestimmungen strafbewehrten, privatrechtlichen Feststellungs- und Registrierungsspflichten (s. dazu unten Rz. 375). Bisweilen wird die wirtschaftliche Berechtigung im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Durchgriff erwähnt (vgl. etwa BGer 1B_430/2019 vom 26. Mai 2020 E. 2.1.; BGer 1B_463/2016 vom 10. April 2017 E. 2.).

344 ACKERMANN/ZEHNDER-KKVKO II, Art. 305^{bis} StGB N 100 a.E.; GRÜNINGER, *Strafbarkeit*, 46.

345 ACKERMANN/ZEHNDER-KKVKO II, Art. 305^{bis} StGB N 100; ähnlich GRÜNINGER, *Strafbarkeit*, 46.

346 S. dazu unten Rz. 133.

347 PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 1; vgl. auch KISTLER, *Vigilance*, 139.

348 PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 4; ebenso CAPUS, *Report*, 142 sowie SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 49; PIETH, *Wirtschaftsstrafrecht*, 217 weist darauf hin, dass dies zu einem «Overkill» im Identifikationsbereich führt, da Finanzintermediäre nebst strafrechtlicher Verurteilung auch Konventionalstrafen gemäss VSB und aufsichtsrechtliche Sanktionen durch die FINMA zu gewärtigen haben.

349 PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 6; vgl. ferner MARIANI, *GAFI*, 233. Damit stellt sich die Frage, ob die Norm im StGB am richtigen Ort ist (CAPUS, *Report*, 142). STRATENWERTH, *Entwicklung*, 29 schreibt von einer «Inpflichtnahme des gesamten Finanzbereichs und unbestimmt weiterer Geschäftszweige des Landes für hilfspolizeiliche Aufgaben». Ähnliche Befürchtungen wurden in der Botschaft erwähnt (Botschaft StGB I, 1077).

wäscher³⁵⁰ und betrifft nicht ausschliesslich deliktisch erlangte Vermögenswerte:³⁵¹ «Die Verletzung der Identitätsprüfungspflicht als solche ist bereits das Delikt.»³⁵²

I. Entstehung

Wie erwähnt, wurde Art. 305^{ter} StGB im Rahmen des ersten Massnahmenpakets zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens erlassen. Dies geschah vor dem Hintergrund diverser Skandale, unter grossem öffentlichem Druck und in kürzester Zeit,³⁵³ was der gesetzgeberischen Qualität nicht gerade zuträglich gewesen sein dürfte.³⁵⁴

Da die Pönalisierung der grobfahrlässigen Geldwäscherei auf Widerstand stiess, entschied sich der Gesetzgeber dafür, den Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften ins Gesetz aufzunehmen.³⁵⁵ Anstelle einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für Geldwäscher entstand so ein (nur vorsätzlich begrenzbares)³⁵⁶ abstraktes³⁵⁷ Gefährdungsdelikt,³⁵⁸ das den Sorgfaltspflichten im Finanzsektor Nachachtung verschaffen sollte.³⁵⁹

350 Als Täter kommen die im Finanzsektor tätigen Personen insgesamt in Frage (Botschaft StGB I, 1088; EGGERTANNER, Geldwäscherei, 266 f.; PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 8). Es handelt sich also um ein echtes Sonderdelikt (PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 7; EGGERTANNER, Geldwäscherei, 265 m.w.H.).

351 BGE 125 IV 139 E. 3. b); Botschaft StGB I, 1062 und 1089; PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 6.

352 Botschaft StGB I, 1062.

353 STRATENWERTH, Geldwäscherei, 101; detailliert zur Entstehungsgeschichte: ACKERMANN, Geldwäscherei, 89 ff.; CAPUS, Report, 123 ff.; GRABER, Geldwäscherei, 100 ff.; PIETH-BSK StGB II, Vor Art. 305^{bis} N 17 ff.

354 Fundamentale Kritik bei ARZT, Strafgesetz, *passim*; STRATENWERTH, Geldwäscherei, *passim* (insb. a.a.O., 116); ähnlich DERS., Entwicklung, *passim*; Überblick über diverse kritische Stimmen bei PIETH-BSK StGB II, Vor Art. 305^{bis} N 2.

355 Botschaft StGB I, 1077 und 1087 f.; PIETH/SCHULTZE-PK StGB, Art. 305^{ter} N 1; EGGERTANNER, Geldwäscherei, 263 m.w.H.

356 Anstelle vieler PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 29 a.A. Da in objektiver Hinsicht eine Verletzung der «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» (Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB) erforderlich ist, spricht die Botschaft von einer «Quasi-Fahrlässigkeit» (Botschaft StGB I, 1088).

357 SCHILD TRAPPE, Evolution, 218 schreibt kritisch von einem «(sehr!) abstrakten Rechtspflegegefährdungsdelikt[...]».

358 ARZT, Rechtsnatur, 190; MARIANI, GAFI, 231.

359 Botschaft StGB I, 1087 f. Gemäss NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 190 und Rz. 219 «erhob [man] somit – sozusagen – die VSB ins Strafrecht.»

II. Zweck und Funktion

- 132 Wie oben dargelegt, soll Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB i.S.d. Geldwäschereiprävention die im Finanzsektor tätigen Personen unter Strafdrohung dazu verpflichten, den wirtschaftlich Berechtigten festzustellen.³⁶⁰ Es geht also um eine strafbewehrte Durchsetzung der Identifikationspflicht als zentrale finanzaufsichtsrechtliche Pflicht³⁶¹ oder – ergebnisorientiert formuliert – darum, «dass jeder Vermögenswert seinem wahren Berechtigten zugeordnet werden kann.»³⁶² In dieser Hinsicht kann von einem «Vorfelddelikt zur Geldwäscherei» gesprochen werden.³⁶³ Innerhalb von Art. 305^{ter} StGB bzw. der erwähnten Zuordnungsfunktion dient die wirtschaftliche Berechtigung der Identifizierung des Objekts der Feststellungspflicht.
- 133 Aus strafrechtlicher Perspektive hat Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zudem die Funktion eines Auffangtatbestandes zum Geldwäschereitattbestand von Art. 305^{bis} StGB.³⁶⁴ Kann nämlich die (vermutete) Geldwäscherei nicht nachgewiesen werden, ist es immer noch möglich, dem (in der Finanzbranche tätigen)³⁶⁵ Täter die vorsätzliche Verletzung der Identifikationspflicht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB vorzuwerfen.³⁶⁶
- 134 Letztlich soll Art. 305^{ter} StGB (mindestens indirekt) der Geldwäschereibekämpfung dienen,³⁶⁷ auch wenn es sich nicht um eine Geldwäschereinorm handelt.³⁶⁸

360 SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 38; vgl. auch FRIEDLI, Sorgfalt, 131. Zur Relevanz der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten in der Geldwäschereibekämpfung s. oben Rz. 126.

361 PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 6.

362 SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 38.

363 SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 40.

364 Botschaft StGB I, 1090; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 46; SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 39. Ein Täter kann Art. 305^{ter} und Art. 305^{bis} StGB verletzen, wenn er «die Identifikationspflicht nicht wahrnimmt, weil er von der verbrecherischen Herkunft der Vermögenswerte ausgeht» (PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 36).

365 Es handelt sich bei Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB um ein Sonderdelikt (s. dazu oben FN 350).

366 Botschaft StGB I, 1090; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 46; SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 39.

367 ACKERMANN/ZEHNDER-KVKO II, Art. 305^{bis} StGB N 101; FRIEDLI, Sorgfalt, 131; SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 38. Etwas anders die Zweckumschreibung in BGE 6B_729/2010 vom 8. Dezember 2011 E. 3. 4. (nicht publiziert in BGE 138 IV 1 (= Pra 2012 Nr. 81)): «Cette norme a pour objet la réunion d'informations susceptibles de faciliter les enquêtes pénales sur l'origine des valeurs. Elle doit permettre aux autorités, notamment de poursuite pénale, de reconstituer le puzzle des transactions financières et de remonter plus facilement jusqu'aux cerveaux des organisations financières».

368 S. dazu oben Rz. 129.

III. Subjekt

Zunächst ist klarzustellen, dass, wenn im Folgenden vom Subjekt die Rede ist, 135 damit nicht der Täter gemeint ist, sondern das Subjekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, d.h. der wirtschaftlich Berechtigte.

Das Gesetz äussert sich nicht zur Frage der möglichen Subjekte.³⁶⁹ Die 136 Botschaft erwähnt immerhin, dass mit dem wirtschaftlich Berechtigten der «wahre Geschäftspartner» gemeint ist.³⁷⁰ Dies soll «den Durchgriff durch bloss scheinbare, formale Verfügungsverhältnisse auf die praktisch-wirtschaftliche Zugehörigkeit erlauben.»³⁷¹ In einer Endnote zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten folgt noch diese Bemerkung: «Der Begriff bemüht sich um eine kontinental-europäische Entsprechung zum angelsächsischen «beneficial owner».»³⁷² Diese Ausführungen werden durch den Hinweis ergänzt, der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten sei der VSB entnommen worden und diese sei (zusammen mit der Praxis der Aufsichtscommission) «sinngemäss bei der Auslegung beizuziehen.»³⁷³ Das Bundesgericht sieht dies ähnlich und hielt, u.a. mit Blick auf die Kurzlebigkeit der VSB, fest, dass diese «lediglich die Funktion einer Auslegungshilfe» habe.³⁷⁴

Die damals gültige Version der VSB – die VSB 87³⁷⁵ – äusserte sich nicht 137 zum wirtschaftlich Berechtigten.³⁷⁶ Art. 27 Abs. 2 VSB 20 hält hingegen fest, dass «[a]ls wirtschaftlich Berechtigte an den Vermögenswerten [...] grundsätzlich natürliche Personen festzustellen» sind.³⁷⁷

369 Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird in Art. 305^{ter} StGB überhaupt nicht definiert (ACKERMANN, Geldwäscherei, 113; EGGER TANNER, Geldwäscherei, 275; MARIANI, GAFI, 233).

370 Botschaft StGB I, 1062 und 1089. Die Botschaft weist darauf hin, dass es sich weder beim «wirtschaftlich Berechtigten» noch beim «wahren Geschäftspartner» um etablierte zivilrechtliche Begriffe handelt (Botschaft StGB I, 1089). Kritisch zum Begriff des «wahren Geschäftspartners»: EGGER TANNER, Geldwäscherei, 275, FN 937 mit Verweis auf KISTLER, Vigilance, 174 f. Der Begriff ist nach diesen beiden Autorinnen abzulehnen (bzw. zumindest unglücklich gewählt), da der wirtschaftlich Berechtigte nicht der Geschäftspartner ist, da zu ihm i.d.R. keine rechtliche Beziehung besteht. Insofern könne es sich auch nicht um den «wahren Geschäftspartner» handeln. Ähnlich GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59; vgl. auch MATTHEY, Notion, 74.

371 Botschaft StGB I, 1089.

372 Botschaft StGB I, 1098, Endnote 118 zu 1089.

373 Botschaft StGB I, 1089; zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten gemäss VSB grundlegend: GEIGER, VSB, *passim*.

374 BGE 125 IV 139 E. 3. d) a.E.

375 Darauf verweist die Botschaft ausdrücklich (Botschaft StGB I, 1089).

376 Vgl. auch GEIGER, VSB, 118 f.

377 Analoges gilt gemäss Art. 20 Abs. 2 VSB 20 für den Kontrollinhaber einer operativ tätigen juristischen Person oder Personengesellschaft.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

138 Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht zur Frage des Subjekts geäußert. In seinem Leitentscheid hielt es lediglich fest, dass der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten der VSB entnommen sei und dass «für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen und [...] formaljuristische Konstruktionen ohne Bedeutung [sind]; wirtschaftlich berechtigt ist somit derjenige, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören».³⁷⁸

139 Später hielt das Bundesgericht fest, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um eine natürliche oder juristische Person handle.³⁷⁹ Es führte dafür weder eine Begründung an noch zitierte es irgendwelche Quellen für diese Ansicht. Es ist darauf hinzuweisen, dass dieser Entscheid erging, als das GwG noch keine (grundsätzliche) Einschränkung der wirtschaftlich berechtigten Person auf natürliche Personen vorsah;³⁸⁰ der Entscheid könnte vor diesem Hintergrund mittlerweile anders ausfallen.

140 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung nennt als mögliche Subjekte also natürliche und juristische Personen. Vor dem Hintergrund der Entwicklungen im Geldwäschereirecht könnte diese Rechtsprechung aber bald überholt sein.

B. Lehre

141 Die Lehre äussert sich nur vereinzelt zum Subjekt der wirtschaftlichen Berechtigung.³⁸¹ Entsprechend muss versucht werden, aus den Umschreibungen der wirtschaftlichen Berechtigung bzw. der Subjekt-Objekt-Relation Rückschlüsse auf das Subjekt zu ziehen.

142 ACKERMANN hält fest, dass der Geldwäscher natürliche oder juristische Personen vorschlebe, um nicht selbst in Erscheinung treten zu müssen.³⁸² Die

378 BGE 125 IV 139 E. 3. c); BGE 136 IV 127 E. 3.1.1.; vgl. dazu auch GEIGER, VSB, 123 f.; zu den festzustellenden Identifikationsmerkmalen s. BGER 6B_729/2010 vom 8. Dezember 2011 E. 3.4. a.E. (nicht publiziert in BGE 138 IV 1 (= Pra 2012 Nr. 81)).

379 BGER 6B_729/2010 vom 8. Dezember 2011 E. 3.1. (nicht publiziert in BGE 138 IV 1 (= Pra 2012 Nr. 81)): «L'ayant droit économique, qui est la personne physique ou morale qui [...]».

380 S. dazu unten Rz. 314 ff.

381 Einige Autoren verweisen bezüglich des wirtschaftlich Berechtigten allgemein pauschal auf das GwG bzw. die darauf bezogenen Ausführungen (etwa SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 173 a.E.) oder versuchen gar nicht erst, eine Definition zu wagen (etwa ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254). Solcherlei wird hier ausgeklammert (und Ersteres ist im Übrigen auch problematisch (s. dazu unten Rz. 362)).

382 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114.

Praxis zeige, dass häufig ganze Netze oder Ketten von Vertretungsverhältnissen existierten.³⁸³ Es gehe also darum, «denjenigen zu identifizieren, [...] der am Anfang einer Kette von verdeckten Vertretungsverhältnissen steht.»³⁸⁴ ACKERMANN hält es ausserdem für «ohne weiteres denkbar, dass eine juristische Person wirtschaftlich berechtigt ist, vornehmlich dann, wenn sie eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet.»³⁸⁵ Damit scheint ACKERMANN für das Subjekt Rechtssubjektqualität vorauszusetzen, wobei nicht rechtsfähige, aber handlungsfähige Entitäten nicht (bzw. nicht ausdrücklich) ausgeschlossen werden.³⁸⁶

CASSANI zieht für die Auslegung Art. 4 GwG³⁸⁷ sowie die VSB bei.³⁸⁸ Darauf gestützt kommt sie zum Schluss, dass nur natürliche Personen als wirtschaftlich Berechtigte in Frage kommen.³⁸⁹ EGGER TANNER geht – ohne Begründung – davon aus, dass sich der Begriff mit demjenigen der VSB und des GwG decken dürfte.³⁹⁰ Gemeint sei die *Person*, die aus einer wirtschaftlichen Optik letztendlich über die Vermögenswerte bestimmen könne.³⁹¹ Damit dürfte EGGER TANNER Rechtssubjektqualität voraussetzen. GRABER sieht den

383 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114.

384 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114. Es gehe also um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die auch im Steuerrecht oder beim Durchgriff zur Anwendung komme (ebd.). Bei all diesen Konzepten gehe es letztlich um die Verhinderung von Rechtsmissbrauch oder Gesetzesumgehung, jedenfalls aber darum, vom Gesetzgeber nicht gewollte Ergebnisse zu vermeiden (a.a.O., 114 f.).

385 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114. Weiter schreibt ACKERMANN, ebd., dass in Ermangelung einer solchen Tätigkeit der wirtschaftlich Berechtigte identifiziert werden müsse. Diese Formulierung ist unglücklich, denn sie suggeriert, der wirtschaftlich Berechtigte müsse bei operativen Gesellschaften nicht identifiziert werden, was so nicht stimmt; die operative Gesellschaft selbst ist wirtschaftlich berechtigt. Gemeint sein kann nur, dass bei nicht operativ tätigen Gesellschaften, der «dahinterstehende» wirtschaftlich Berechtigte bestimmt werden müsse, wobei ACKERMANN nicht ausführt, wer das sein soll.

386 Vgl. etwa Art. 562 OR und Art. 602 OR. Diese Einschränkung gilt auch im Folgenden, wenn jeweils von der Voraussetzung der Rechtssubjektqualität die Rede ist.

387 S. dazu unten Rz. 308 ff.

388 CASSANI, Evolutions, 196; vgl. auch DIES.-CR CPII, Art. 305^{ter} N 6 und N 23 betreffend GwG; a.a.O., Art. 305^{ter} N 40 differenzierend betreffend VSB.

389 CASSANI, Evolutions, 196; DIES.-CR CPII, Art. 305^{ter} N 24 impliziert dies mit Verweis auf das revidierte GwG ebenfalls, ohne darauf einzugehen, warum das GwG für das StGB direkt massgeblich sein soll; anders noch unter altem Recht: DIES.-CDP CP, Art. 305^{ter} N 16: «personne physique ou morale».

390 EGGER TANNER, Geldwäscherei, 275.

391 EGGER TANNER, Geldwäscherei, 275 f. Diese Autorin scheint – entgegen den meisten anderen Stimmen in der Lehre – kaum Probleme zu erkennen, hält sie doch fest, «dass das Abstellen [...] auf wirtschaftliche und somit theoretisch schwer fassbare Verhältnisse höchstens den Strafrechtsdogmatiker irritieren dürfte. In der Praxis jedenfalls bekunden weder der Bankkunde noch der Bankangestellte [...] mit der inhaltlichen Erfassung des wirtschaftlich Berechtigten Mühe» (a.a.O., 276).

wirtschaftlich Berechtigten als *Fiduzianten* bzw., bei einer Aneinanderreihung mehrerer fiduziarischer *Rechtsverhältnisse*, als «das letzte Glied einer Kette von Fiduzianten».³⁹² Somit scheint auch GRABER Rechtssubjektqualität vorzusetzen.

144 Gemäss GRÜNINGER ist derjenige wirtschaftlich berechtigt, der «dem Geschäftspartner des Financiers aufgrund einer vertraglichen Abmachung Weisungen bezüglich der Werte erteilen kann und somit den Nutzen an ihnen hat. Oder anders formuliert: Es geht beim wirtschaftlich Berechtigten um denjenigen, der über die Werte letztendlich verfügen kann, unabhängig von formal-juristischen Tarnkonstrukten.»³⁹³ Dies ist auf den ersten Blick widersprüchlich. Einerseits sollen vertragliche Weisungsrechte massgeblich sein, andererseits formal-juristische Konstruktionen irrelevant. Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn davon ausgegangen wird, dass GRÜNINGER eine wirtschaftliche Betrachtung *rechtlicher* (und nicht bloss tatsächlicher) Verhältnisse meint. Damit setzt er Rechtssubjektqualität voraus.

145 Einen gänzlich anderen Ansatz wählt KISTLER, die das Konzept des wirtschaftlich fremden Vermögens i.S.d. Veruntreuung fruchtbar machen will.³⁹⁴ Sie kommt zum Ergebnis, dass derjenige wirtschaftlich berechtigt sei, der die Vermögenswerte direkt oder indirekt dem formaljuristisch Berechtigten übergeben hat und die Möglichkeit hat, jederzeit die Rückgabe oder Übergabe der Vermögenswerte an einen Dritten zu veranlassen.³⁹⁵ Daraus lassen sich nun freilich kaum Schlüsse für den wirtschaftlich Berechtigten ziehen. Immerhin muss es sich um eine Entität handeln, die Einfluss auf die Verwendung des Vermögenswerts ausüben kann.

146 MATTHEY äussert sich ausdrücklich zum Subjekt und postuliert, der wirtschaftlich Berechtigte sei eine natürliche Person oder ein Unternehmen, das – unabhängig von seiner Rechtsform – eine tatsächliche wirtschaftliche Aktivität, d.h. eine industrielle oder gewerbliche Tätigkeit, aufweist und nicht bloss Vermögenswerte bei einer Bank hält.³⁹⁶

392 GRABER, Geldwäscherei, 190; ähnlich PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 18, wonach «[d]er Begriff [...] eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bei einer Reihe von Vertretungsverhältnissen durchsetzen» möchte.

393 GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59.

394 KISTLER, *Vigilance*, 178 ff., insb. 181 (konkret nimmt KISTLER Bezug auf Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB (heute Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)). Der Begriff des Vermögenswerts fand zwar erst 1995 Eingang ins Gesetz, doch folgte der Gesetzgeber damit der bestehenden bundesgerichtlichen Praxis (NIGGLI/RIEDO-BSK StGB II, Art. 138 N 6 und N 25).

395 KISTLER, *Vigilance*, 181.

396 MATTHEY, *Notion*, 87. In seiner Definition erwähnt MATTHEY nur «une personne physique ou une entreprise» (ebd.), doch ergibt sich aus dem Gesamtkontext, dass mit dem Begriff «entreprise» nur die operativ tätigen Gesellschaften gemeint sind.

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass in der Lehre eine Mehrheit davon 147
ausgeht, dass das Subjekt ein Rechtssubjekt sein muss. Offen bleibt dabei die
Behandlung nicht rechts-, aber handlungsfähiger Entitäten³⁹⁷ sowie die Frage,
ob nur natürliche oder auch juristische Personen wirtschaftlich berechtigt
sein können.

C. Stellungnahme

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht hervor, dass es sich beim 148
wirtschaftlich Berechtigten um eine natürliche oder juristische Person han-
deln muss. Weniger deutlich ist die Lehre. Ein überwiegender Teil der Lehre
setzt zumindest Rechtssubjektqualität voraus. Ob nur natürliche Personen
oder auch (evtl. nur operativ tätige) juristische Personen in Frage kommen,
bleibt ebenso offen wie die Frage, wie es sich mit nicht rechts-, aber handlungs-
fähigen Personengesamtheiten verhält.

Die VSB 87, auf die der Gesetzgeber verwies, beschränkte das mögliche 149
Subjekt nicht auf natürliche Personen.³⁹⁸ Die VSB 20 hält demgegenüber fest,
dass im Grundsatz natürliche Personen als wirtschaftliche Berechtigte fest-
zustellen sind.³⁹⁹ Ausnahmen gelten etwa für operativ tätige juristische Per-
sonen und Personengesellschaften sowie für börsenkotierte Gesellschaf-
ten.⁴⁰⁰ Bei operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaf-
ten ist dafür der Kontrollinhaber festzustellen, der wiederum grundsätzlich
eine natürliche Person sein muss.⁴⁰¹

Dieser neueren Ansicht ist beizupflichten, geht es doch um eine wirt- 150
schaftliche Betrachtung⁴⁰² von möglicherweise verschachtelten Strukturen,
sodass am Ende gedanklich eine natürliche Person stehen muss.⁴⁰³ Dass Sitz-
gesellschaften bzw. nichtoperative Gesellschaften als Subjekte in Frage kom-

397 Vgl. auch oben FN 386.

398 Vgl. Ziff. 19 VSB 87, wonach für den wirtschaftlich Berechtigten der Name bzw. die Firma
festzuhalten sei; s. dazu auch oben Rz. 137.

399 Art. 27 Abs. 2 VSB 20; s. dazu auch oben Rz. 137.

400 Art. 27 Abs. 5 VSB 20 i.V.m. Art. 30 f. VSB 20.

401 Art. 20 Abs. 1 und 2 VSB 20.

402 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114; PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 18; PIETH/SCHULTZE-
PK StGB, Art. 305^{ter} N 9; ähnlich BGE 125 IV 139 E. 3. c) sowie BGE 136 IV 127 E. 3.1.1.;
EGGER TANNER, Geldwäscherei, 275 a.E.; GRABER, Geldwäscherei, 187 f.; s. dazu auch
unten Rz. 755.

403 So ebenfalls – wenn auch ohne Begründung – PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 23a.
Einige ältere Lehrmeinungen sowie das Bundesgericht dürften ihre anderslautenden
Auffassungen noch vor dem Hintergrund der älteren Regelungen (vgl. dazu oben
Rz. 149) getroffen haben und würden heute wahrscheinlich anders entscheiden.

men, wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten. Warum aber eine Ausnahme für operativ tätige Gesellschaften gelten soll, ist – jedenfalls dogmatisch⁴⁰⁴ – nicht nachvollziehbar;⁴⁰⁵ dass eine zu 100% kontrollierte Gesellschaft selbst wirtschaftlich an ihren Vermögenswerten berechtigt sein soll (nur weil sie etwa ein Gewerbe betreibt), leuchtet rechtsdogmatisch nicht ein. Diese (abzulehnende) Ansicht dürfte sich daraus ergeben, dass das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung teilweise mit dem Durchgriff und damit einer Missbrauchskomponente vermischt wird.⁴⁰⁶ So liesse sich begründen, weshalb operativ tätige Gesellschaften nicht «transparent» betrachtet werden. Liegt der Fokus aber auf der wirtschaftlichen Betrachtung, spielt die Frage der Missbräuchlichkeit keine Rolle, sodass auch für operative Gesellschaften ein wirtschaftlich Berechtigter bestimmt werden muss. Die Frage bleibt ungeklärt, da sie sich praktisch kaum je stellen wird.⁴⁰⁷

IV. Objekt

- 151 Der «Vermögenswert» hat in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB eine Doppelfunktion. Einerseits ist er – und das interessiert hier – Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung. Andererseits – und darauf beziehen sich die meisten Ausführungen in der Literatur –⁴⁰⁸ ist der Vermögenswert Teil der Täterumschreibung.

404 Allenfalls gibt es kriminologische Gründe, diese Gesellschaften im Sinne einer risikobasierten Geldwäschereibekämpfung auszunehmen (Sitzgesellschaften weisen ein erhöhtes Risiko auf: MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 35 a.E.; KGGT, Geldwäschereirisiken, 73 und 100). Dagegen spricht – mit Verweis auf die GAFI-Empfehlungen, Nr. 10 und Nr. 24 – explizit die Botschaft GAFI, 682, denn die GAFI-Empfehlungen stufen operative Gesellschaften nicht als tieferes Risiko ein (vgl. GAFI-Empfehlungen, Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 10, Ziff. 17; ferner VAN DER DOES DE WILLEBOIS ET AL., Puppert, 39).

405 Diese Ausnahme entspricht dem aGwG vor 2016 (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b aGwG, im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 2 lit. b GwG); s. auch CASSANI, Evolutions, 197. Die Regeln des GwG sind zwar für den Strafrichter nicht bindend, haben aber gemäss EGGER TANNER, Geldwäscherei, 279 a.E. «Richtlinienfunktion»; a.M. SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 56f., der nicht nur das GwG, sondern auch die SRO-Reglemente als für den Strafrichter rechtsverbindlich betrachtet; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 102 erachtet zumindest das GwG als für den Strafrichter verbindlich.

406 Vgl. etwa ACKERMANN, Geldwäscherei, 114; GRABER, Geldwäscherei, 187; MATTHEY, Notion, 56 (mit Bezug auf die VSB).

407 S. dazu unten Rz. 180; so bleibt auch offen, ob eine Mehrheit von natürlichen Personen in Frage käme.

408 Zum Vermögenswert als Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung finden sich – soweit ersichtlich – keine Ausführungen. Das dürfte daran liegen, dass sich diese Frage nicht stellen kann. Fehlt dem fraglichen Objekt die Qualität als Vermögenswert, hat der (angebliche) Täter keinen Vermögenswert entgegengenommen und hat somit keine tatbestandsmässige Handlung vorgenommen (vgl. PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 16).

Täter kann nämlich nur sein, wer «berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt». ⁴⁰⁹

Gemäss Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB muss, «[w]er berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, [...] die Identität des wirtschaftlich Berechtigten» feststellen. Damit sind nach dem Gesetzeswortlaut Vermögenswerte Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung. Damit ist noch ungeklärt, was dies im Einzelnen bedeutet bzw. was alles als Vermögenswert i.S.v. Art. 305^{ter} StGB zu gelten hat.

Die Botschaft äussert sich nur im Zusammenhang mit Art. 305^{bis} StGB zum Begriff des Vermögenswerts, nicht jedoch im Zusammenhang mit Art. 305^{ter} StGB. Diesen Ausführungen ist immerhin zu entnehmen, dass der Begriff weit zu verstehen ist, da sich Geldwäscher «aller vorstellbaren geldwerten Vorteile» bedienen. ⁴¹⁰

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

An den Gesetzeswortlaut hält sich das Bundesgericht in seinem Leitentscheid, wenn es festhält, es gehe bei der wirtschaftlichen Berechtigung um die «Zuordnung der Vermögenswerte» nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bzw. darum, wer «über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann». ⁴¹¹ Objekt seien also Vermögenswerte. ⁴¹² Das Bundesgericht äussert sich – im Zusammenhang mit Art. 305^{ter} StGB – nicht weiter zum Begriff des Vermögenswerts.

B. Lehre

In der Lehre gibt es keine ausdrücklichen Äusserungen zur Frage des Objekts und nur selten welche zum Begriff des Vermögenswerts. ⁴¹³ Dies liegt wahrscheinlich daran, dass die Thematik im Wesentlichen unumstritten ist. ⁴¹⁴

409 Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB; s. dazu auch oben FN 350.

410 Botschaft StGB I, 1082. Als Beispiele werden «neben Geld in allen Formen und Währungen auch etwa Wertpapiere, Gläubigerrechte überhaupt, Edelmetalle und -steine, alle anderen Arten von Fahrnis, ja sogar Grundstücke und Rechte an solchen» genannt (ebd.).

411 BGE 125 IV 139 E. 3. c); ähnlich BGE 136 IV 127 E. 3.1.1.; BGer 6B_729/2010 vom 8. Dezember 2011 E. 3.1. (nicht publiziert in BGE 138 IV 1 (= Pra 2012 Nr. 81)).

412 Vgl. auch BGE 125 IV 139 E. 4. S. 147 («an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt»); ähnlich BGE 129 IV 338 E. 8.2.; BGer 6S.264/2002 vom 10. Oktober 2003 E. 2.4.

413 So äussern sich ACKERMANN, Geldwäscherei; CASSANI, Evolutions; DIES.–CR CP II, Art. 305^{ter}; DIES.–CDP CP, Art. 305^{ter}; EGGER TANNER, Geldwäscherei; GRÜNINGER, Strafbarkeit; KISTLER, Vigilance; MATTHEY, Notion; PIETH–BSK StGB II, Art. 305^{ter}; SCHMID–KEOVG II, StGB 305^{ter}; ZULAUF, Gläubigerschutz allesamt weder ausdrücklich zum Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung noch zum Begriff des Vermögenswerts.

414 So erwähnen etwa PIETH/SCHULTZE–PK StGB, Art. 305^{ter} N9, dass es bei der wirtschaftlichen Berechtigung um die «Zuordnung der Vermögenswerte» geht, ohne sich weiter dazu zu äussern; LOMBARDINI, Banques, Rz. 379 («ayant droit économique de valeurs»).

- 156 Gemäss GRABER ist jeder geldwerte Vorteil ein Vermögenswert.⁴¹⁵ In ähnlicher Weise äussert sich STRATENWERTH, für den Vermögenswerte alle «Vermögensvorteile [sind], soweit sie einer Schätzung zugänglich sind bzw. beziffert werden können».⁴¹⁶

C. Stellungnahme

- 157 Der Gesetzeswortlaut hinsichtlich des Objekts der wirtschaftlichen Berechtigung ist klar. Objekt ist ein Vermögenswert. Dies dürfte mit ein Grund sein, weshalb es in Judikatur und Lehre nur wenige Äusserungen zu dieser Thematik gibt.
- 158 Mit GRABER ist davon auszugehen, dass jeder geldwerte Vorteil ein Vermögenswert ist.⁴¹⁷ Weshalb die Qualifikation eines Vermögensvorteils als Vermögenswert von der Schätzbarkeit bzw. Bezifferbarkeit des Werts desselben abhängig sein soll (so wie dies STRATENWERTH postuliert), ist nicht einzusehen.⁴¹⁸ Nicht erforderlich ist im Übrigen, dass die Zuordnung des Vermögenswerts zum angeblich formal Berechtigten rechtlich geschützt ist; auch bzw. gerade deliktisch erlangte Vermögenswerte können Vermögenswerte i.S.v. Art. 305^{ter} StGB sein.

V. Subjekt-Objekt-Relation

- 159 Im Folgenden geht es um die Beziehung, die zwischen Objekt und Subjekt vorhanden sein muss, damit Letzteres als wirtschaftlich berechtigt anzusehen ist. Das Gesetz äussert sich nicht dazu.⁴¹⁹

415 GRABER, Geldwäscherei, 182 i.V.m. 114.

416 STRATENWERTH, Entwicklung, 26; STRATENWERTH zitiert dabei TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 – Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 305^{bis} N 9, wobei die Formulierung ursprünglich aus der Botschaft StGB II, 307 stammt.

417 Dies deckt sich mit dem Verständnis des Vermögenswerts in Bezug auf Art. 305^{bis} StGB. Gemäss PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{bis} N 9 ist jeder Gegenstand, der überhaupt einen wirtschaftlichen Wert hat, ein Vermögenswert. Diese Ausführungen lassen sich auf Art. 305^{ter} StGB übertragen. Diese Bestimmung soll ebenfalls (indirekt) die Geldwäscherei bekämpfen, womit sie sich sinnvollerweise auf dasselbe Objekt ausrichten sollte. Lediglich das Erfordernis der deliktischen Herkunft des Vermögenswerts entfällt bei Art. 305^{ter} StGB.

418 Vgl. auch die Botschaft StGB I, 1082, wonach für Art. 305^{bis} StGB ein «möglichst weite[r] Begriff des Tatobjekts zu wählen» sei (für die Übertragbarkeit dieser Ausführungen auf Art. 305^{ter} StGB s. oben FN 417).

419 ACKERMANN, Geldwäscherei, 113; CASSANI-CR CP II, Art. 305^{ter} N 24; DIES.-CDP CP, Art. 305^{ter} N 16; EGGGER TANNER, Geldwäscherei, 275.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich bisher dreimal zur Thematik der Subjekt-Objekt-Relation geäußert.⁴²⁰ In seinem Leitentscheid hielt es fest: «[W]irtschaftlich berechtigt ist [...] derjenige, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören».⁴²¹ Dabei «ist für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen und sind formaljuristische Konstruktionen ohne Bedeutung».⁴²² In den zwei späteren Entscheiden hielt es im Wesentlichen dasselbe fest und verwies dabei auf den jeweils vorangegangenen Entscheid.⁴²³

Damit sind gemäss Bundesgericht nicht nur formaljuristische Gegebenheiten (ausdrücklich) irrelevant, sondern es ist (implizit) überhaupt keine rechtliche Beziehung zwischen Subjekt und Objekt erforderlich (noch wäre eine solche hinreichend), ist doch allein ein «faktisches Bestimmen» über das Objekt massgeblich.

B. Lehre

Im Gegensatz zum Bundesgericht hat sich die Lehre einlässlich mit der Subjekt-Objekt-Relation auseinandergesetzt.

Gemäss ACKERMANN meint der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten, den er als Generalklausel versteht, denjenigen, «der am Anfang einer Kette von verdeckten Vertretungsverhältnissen steht.»⁴²⁴ Unter (verdeckten) Vertretungsverhältnissen scheint ACKERMANN ausschliesslich «Rechtsverhältnisse» zu verstehen.⁴²⁵ Gefordert sei jedenfalls eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.⁴²⁶

420 Dass es nur wenige Entscheide zu dieser Thematik gibt, dürfte daran liegen, dass die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten in vielen Straffällen komplett unterbleibt. Wurde die Identifikation vorgenommen, ist jedoch falsch, ist dies nicht strafbar, wenn der Identifikationsvorgang mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen wurde. Entsprechend steht die Sorgfaltpflichtverletzung i.d.R. im Vordergrund, nicht die Frage, wer wirtschaftlich Berechtigter ist.

421 BGE 125 IV 139 E. 3. c).

422 BGE 125 IV 139 E. 3. c).

423 BGE 136 IV 127 E. 3.1.1.: «l'ayant droit économique, qui est la personne physique ou morale qui a la possibilité de fait de disposer des valeurs patrimoniales et donc celui à qui ces valeurs appartiennent sous l'angle économique»; BGer 6B_729/2010 vom 8. Dezember 2011 E. 3.1. (nicht publiziert in BGE 138 IV 1 (= Pra 2012 Nr. 81)): «l'ayant droit économique, qui est la personne physique ou morale qui a la possibilité de fait de disposer des valeurs patrimoniales et donc celle à qui ces valeurs appartiennent sous l'angle économique.»

424 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114.

425 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114.

426 ACKERMANN, Geldwäscherei, 114.

164 Gemäss CASSANI ist massgeblich, wem der Vermögenswert tatsächlich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gehört.⁴²⁷ Später zog CASSANI für die Auslegung des Begriffs das GwG sowie die VSB bei und stützte ihre Ausführungen – ohne sich detailliert⁴²⁸ zum Verhältnis zwischen GwG und StGB zu äussern – auf das GwG.⁴²⁹ Damit dürfte sich der Begriff gemäss Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ihrer Ansicht nach (mindestens weitgehend) mit demjenigen bzw. denjenigen⁴³⁰ des GwG decken.⁴³¹ EGGER TANNER geht davon aus, dass unter diesen Begriffen dasselbe zu verstehen ist,⁴³² wobei sie in inhaltlicher Sicht ebenfalls mit CASSANI übereinstimmt: «Gesucht wird dabei nach derjenigen Person, die letztendlich über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, der die besagten Werte somit aus wirtschaftlicher Sicht gehören.»⁴³³

165 GRABER verfolgt einen anderen Ansatz. Er sieht den wirtschaftlich Berechtigten als Fiduzianten (bzw. als «das letzte Glied einer Kette von Fiduzianten»⁴³⁴), «dem gegenüber der Fiduziar (im Innenverhältnis) verpflichtet ist, in dessen Interesse [...] zu handeln.»⁴³⁵ GRABER setzt also – allenfalls mehrere übereinander gelagerte – fiduziarische Rechtsverhältnisse⁴³⁶ voraus und erachtet damit eine bloss tatsächliche Kontrolle als nicht ausreichend.

166 Für GRÜNINGER geht es «beim wirtschaftlich Berechtigten um denjenigen, der über die Werte letztendlich verfügen kann, unabhängig von formaljuristischen Tarnkonstrukten.»⁴³⁷ Diese Formulierung lässt offen, ob für GRÜNINGER rechtliches oder auch bloss tatsächliches Verfügen (bzw. die Möglichkeit dazu) erforderlich ist. Dieser Definition vorangestellt ist die Feststellung, es gelte «diejenige Person als wirtschaftlich Berechtigte, welche dem Geschäftspartner des Financiers aufgrund einer vertraglichen Abmachung Weisungen bezüglich der Werte erteilen kann und somit den Nutzen an ihnen

427 CASSANI-CDP CP, Art. 305^{ter} N16; das Bundesgericht schloss sich dieser Ansicht an (vgl. BGE 125 IV 139 E. 3. c); s. dazu oben Rz. 160; vgl. auch CASSANI-CR CP II, Art. 305^{ter} N26, wo wiederum auf diesen Entscheid verwiesen wird.

428 Vgl. für einige wenige Ausführungen bzw. Bezugnahmen: CASSANI-CR CP II, Art. 305^{ter} N6 und N23.

429 Vgl. CASSANI, Evolutions, 196 f. sowie DIES.-CR CP II, Art. 305^{ter} N24 ff.

430 Das GwG enthält drei Konzepte (s. dazu unten Rz. 362), wovon CASSANI zwei (Art. 4 GwG, Art. 2a Abs. 3 GwG) referenziert (vgl. CASSANI, Evolutions, 196 f.).

431 S. dazu unten Rz. 314 ff. (insb. Rz. 329 ff.).

432 EGGER TANNER, Geldwäscherei, 275. Aufgrund des Publikationsdatums können sich die Ausführungen von EGGER TANNER nur auf das Konzept in Art. 4 GwG beziehen.

433 EGGER TANNER, Geldwäscherei, 276 a.A.

434 GRABER, Geldwäscherei, 190.

435 GRABER, Geldwäscherei, 190.

436 GRABER, Geldwäscherei, 190.

437 GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59.

hat.»⁴³⁸ Damit setzt GRÜNINGER eine rechtliche Verbindung zwischen wirtschaftlich und formaljuristisch Berechtigtem voraus.⁴³⁹

Gemäss dem Ansatz von KISTLER⁴⁴⁰ ist wirtschaftlich berechtigt, «celui 167 qui aura remis, personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, les valeurs patrimoniales au propriétaire juridique et qui pourra, de par son influence et en tout temps, provoquer leur restitution ou leur attribution à des tiers.»⁴⁴¹ Damit setzt KISTLER keine rechtlichen Kontroll- bzw. Einflussmöglichkeiten voraus, sondern lässt bloss tatsächliche Einwirkungen genügen.

MATTHEY, der die Definition von KISTLER als zu einschränkend kritisiert,⁴⁴² schlägt folgende Definition vor: «L'ayant droit économique est une 168 personne [...] qui, sans lien juridique avec la banque, est, à un moment de la relation d'affaires, au bénéfice d'intérêts patrimoniaux sur les avoirs confiés à la banque, intérêts qui prévalent sur ceux du cocontractant dans leurs rapports internes.»⁴⁴³ Was aus der Definition nicht mit aller Deutlichkeit hervorgeht, aber von MATTHEY vorausgesetzt wird, ist, dass zwischen wirtschaftlich und formaljuristisch Berechtigtem eine rechtliche Beziehung bestehen müsse.⁴⁴⁴

Nach PIETH/SCHULTZE «ist in erster Linie nach demjenigen zu fragen, 169 der «ein feststellbares und dauerndes Interesse» an den betreffenden Vermögenswerten besitzt»,⁴⁴⁵ wobei «die wirtschaftliche Betrachtungsweise ausschlaggebend [ist], nicht irgendwelche formaljuristische Konstruktion».⁴⁴⁶ Auffallend an dieser Definition ist v.a., dass keine (Möglichkeit der) Kontrolle über den Vermögenswert vorausgesetzt wird; blosses Interesse soll ausreichend sein. ZULAUF, von dem diese Formulierung ursprünglich stammt und auf den

438 GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59.

439 Anders verstanden wurde GRÜNINGER von TAUBE, die mit Verweis auf Ersteren zum Ergebnis kommt, dass «es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um diejenige Person [handelt], welche letztendlich über die Vermögenswerte verfügen kann und daher dem Vertragspartner des Finanzintermediärs Weisungen bezüglich dieser Werte erteilen kann; der wirtschaftlich Berechtigte hat den Nutzen an den Geldern und kann *faktisch* über sie bestimmen» (TAUBE, Sorgfaltspflichten, 104 [Hervorhebung hinzugefügt]).

440 S. dazu auch oben Rz. 145.

441 KISTLER, Vigilance, 181.

442 MATTHEY, Notion, 59. Der wirtschaftlich Berechtigte könne nicht nur der Inhaber der Vermögenswerte sein, sondern auch der Letztbegünstigte und ausserdem müsse der wirtschaftlich Berechtigte nicht jederzeit seinen Einfluss geltend machen können (ebd.).

443 MATTHEY, Notion, 87 a.E.

444 MATTHEY, Notion, 75.

445 PIETH/SCHULTZE-PK StGB, Art. 305^{ter} N 9; diese Autoren verweisen dabei auf ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254 (dazu sogleich).

446 PIETH/SCHULTZE-PK StGB, Art. 305^{ter} N 9 [Hervorhebung im Original].

PIETH/SCHULTZE verweisen,⁴⁴⁷ hat damit allerdings keine Definition angestrebt,⁴⁴⁸ sondern vielmehr eine grobe Annäherung an dieses Konzept.⁴⁴⁹

170 Die in der Lehre postulierten Definitionen der Subjekt-Objekt-Relation unterscheiden sich teils erheblich. Relativ unbestritten ist, dass nicht auf formaljuristische, sondern auf tatsächliche bzw. wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen ist. Des Weiteren vertritt eine Mehrheit, dass eine letztverbindliche Kontroll- bzw. Einflussmöglichkeit des Subjekts vorliegen muss. Ob diese Möglichkeit rechtlich abgesichert oder lediglich tatsächlich vorhanden sein muss, ist umstritten.

C. Stellungnahme

171 In der Lehre werden verschiedene Ansichten vertreten, was die Subjekt-Objekt-Relation im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB anbelangt. Einigkeit besteht dahingehend, dass eine wirtschaftliche und nicht eine formaljuristische Betrachtungsweise gefordert ist.

172 Dass sich die Ansichten in den Details unterscheiden, vermag angesichts der Komplexität der Materie nicht zu überraschen. Gewichtig und dogmatisch sowie in praktischer Hinsicht relevant ist die Frage, ob die massgebliche Relation eine rechtliche sein muss oder ob bloss tatsächliche bzw. faktische Beziehungen ausreichen. Diesbezüglich ist die Lehre gespalten. Das Bundesgericht lässt eine bloss tatsächliche Relation genügen.

173 Auch wenn es sich bei der fraglichen Norm nicht um eine Geldwäschereinorm handelt,⁴⁵⁰ besteht ein klarer Bezug zum Geldwäschereirecht und der wirtschaftlich Berechtigte kann u.U. ein Geldwäscher sein.⁴⁵¹ Vor diesem Hintergrund ist es nicht überzeugend, eine rechtliche Beziehung zu verlangen (die u.U. überhaupt keinen Rechtsschutz finden würde oder nichtig wäre). Gerade im kriminellen Umfeld dürften viele Beziehungen nicht «rechtlich formalisiert» sein. M.E. ist deshalb der Auffassung des Bundesgerichts (und eines Teils der Lehre) zu folgen; bloss tatsächliche Beziehungen sind ausreichend.

174 Des Weiteren stellt sich die Frage nach der erforderlichen Intensität der Beziehung. Bloss «interessiert» (so PIETH/SCHULTZE) oder «begünstigt» zu sein

447 S. dazu oben FN 445.

448 ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254: «Hier sei kein neuer solcher Versuch [einer Definition] unternommen.» Eine präzise Umschreibung ist ihm zufolge wahrscheinlich nicht möglich (ebd.).

449 Vgl. ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254, der nach der Aussage, keine Definition anzustreben (s. dazu oben FN 448), die fragliche Formulierung mit den Worten «Am ehesten muss die Bank denjenigen eruieren, welcher [...]» einleitet.

450 S. dazu oben Rz. 129.

451 S. dazu oben Rz. 132 ff. bzw. Rz. 127.

(so MATTHEY), kann m.E. nicht ausreichen. Dies würde zu viele Personen einbeziehen, die nur einen marginalen oder zufälligen Bezug zum Objekt und oftmals keine Kontrolle darüber haben. «Interessiert» sind bspw. Anwartschaftsinhaber (etwa Kinder eines «künftigen Erblassers») oder Nahestehende (wie z.B. ein Ehegatte oder ein (Minderheits-)Aktionär). Was den «Begünstigten» anbelangt, ist die relevante Frage m.E., durch wen dieser begünstigt wird, jedenfalls so lange, wie die Begünstigung entzogen werden kann. Was die Beziehungsintensität anbelangt, vermag m.E. nur ein (faktisches) Verfügen(-Können), d.h. eine letztverbindliche Kontrollmöglichkeit, den Anforderungen zu genügen. Diese Formulierung deutet eine Frage an, deren Antwort sich weder aus der Lehre noch aus der Rechtsprechung eindeutig ergibt; ist mit «verfügen können» und ähnlichen Formulierungen jeweils die effektive Kontrolle oder die blossе Kontrollmöglichkeit gemeint? Ausdrückliche Ausführungen hierzu fehlen.

Zu guter Letzt stellt sich mit Blick auf die Definitionen von GRABER, KISTLER und MATTHEY die Frage, ob diese Autoren allenfalls ein intersubjektives⁴⁵² Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung postulieren.⁴⁵³ Im Vordergrund steht bei den Definitionen dieser Autoren nämlich das Verhältnis zwischen dem wirtschaftlich und dem formaljuristisch Berechtigten, d.h. ein Verhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten. Ob dies einem bewussten Entschheid oder einem Versehen (bzw. einer unglücklichen Formulierung) entspringt, ist unklar.⁴⁵⁴ Jedenfalls äussert sich keiner dieser Autoren zu der Frage. Vermutlich kommt der Fokus auf die intersubjektive Relation daher, dass das Verhältnis zwischen dem Vermögenswert und dem formaljuristisch Berechtigten i.d.R. keine besonderen Probleme mit sich bringt, der Knackpunkt also in der intersubjektiven Beziehung zu suchen ist. Mit Blick auf den klaren Gesetzeswortlaut ist ein solches Verständnis abzulehnen.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass für die Subjekt-Objekt-Relation¹⁷⁶ massgeblich ist, wer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d.h. in wirt-

452 Gemeint ist Intersubjektivität in dieser Arbeit wörtlich, i.S.v. zwischen Subjekten (be-)stehend, und nicht in einem wissenschaftstheoretischen, philosophischen oder anderweitigen Sinne.

453 Bei GRÜNINGER herrscht in dieser Sache keine Klarheit. Einerseits schreibt er, es gehe darum, wer «*dem Geschäftspartner des Financiers*» Weisungen erteilen kann. Andererseits schreibt er, massgeblich sei, wer «*über die Werte* letztendlich verfügen kann». Als wäre das nicht schon widersprüchlich genug, setzt er diese beiden Umschreibungen auch noch gleich; das eine soll dem anderen entsprechen, es sei lediglich «anders formuliert» (vgl. zum Ganzen GRÜNINGER, Strafbarkeit, 59 [Hervorhebungen hinzugefügt] bzw. oben Rz. 166).

454 Vgl. etwa die Formulierungen bei GRÜNINGER (s. dazu oben FN 453).

schaftlicher Betrachtungsweise, faktisch über das Objekt – einen Vermögenswert – verfügen kann, also eine letztverbindliche Kontrollmöglichkeit⁴⁵⁵ innehat.

VI. Zusammenfassung

- 177 Subjekt der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB muss wahrscheinlich eine natürliche Person sein. Dieser ist ein Vermögenswert als Objekt zuzuordnen, über den sie – so die Subjekt-Objekt-Relation – in wirtschaftlicher Betrachtungsweise faktisch verfügen kann, also diesbezüglich eine letztverbindliche Kontrollmöglichkeit innehat. Auf der Subjektseite bleiben einige Fragen offen,⁴⁵⁶ was aber in praktischer Hinsicht kaum zu Problemen führen sollte.⁴⁵⁷
- 178 Diese Definition suggeriert eine begriffliche Genauigkeit, die sich bei näherem Hinsehen schnell auflöst. Während dies in anderen Rechtsgebieten hinzunehmen wäre und teils unumgänglich ist, ist dies im Strafrecht mit Blick auf Art. 1 StGB heikel. Wenig überraschend wird die Bestimmung in der Doktrin, mit Blick auf den Grundsatz *nulla poena sine lege*, teilweise harsch kritisiert.⁴⁵⁸ Die Botschaft formulierte das Ziel, eine klare und leicht handhabbare Norm zu schaffen.⁴⁵⁹ Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass dieses Ziel verfehlt wurde.⁴⁶⁰
- 179 Es ist CAPUS recht zu geben, wenn sie schreibt, der aus der VSB stammende Begriff des wirtschaftlich Berechtigten sei in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB aus dem

455 S. dazu aber auch oben Rz. 174.

456 S. dazu oben Rz. 147 sowie FN 403.

457 S. dazu unten Rz. 180.

458 CASSANI, *Evolutions*, 198 a.A.; FRIEDLI, *Sorgfalt*, 128; MATTHEY, *Notion*, 58 f. Im Übrigen werden aus demselben Grund das Abstellen auf die «nach den Umständen [gebotene] Sorgfalt» (Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB) sowie die generalklauselartige Umschreibung des Täterkreises kritisiert (vgl. etwa CASSANI-CDP CP, Art. 305^{ter} N 7 und N 23 sowie GRÜNINGER, *Strafbarkeit*, 225 ff. bzw. 231 ff.; ferner GRABER, *Sorgfaltspflichtvereinbarung*, 164; MARIANI, *GAFI*, 230; STRATENWERTH, *Entwicklung*, 22 f.). Detailliert zur Vereinbarkeit von Art. 305^{ter} StGB mit dem Legalitätsprinzip: GRÜNINGER, *Strafbarkeit*, 166 ff., insb. 225 ff.; weniger kritisch etwa SCHMID-KEOVG II, *StGB* 305^{ter} N 52; für einen allgemeinen Überblick über diverse kritische Stimmen s. NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 6 Rz. 57 ff.

459 *Botschaft StGB I*, 1087.

460 Vor diesem rechtsstaatlich nicht unbedenklichen Hintergrund mutet es umso irritierender an, wenn die Botschaft selbst es als Vorteil dieser Norm anpreist, sie sei durch die geringeren Beweisanforderungen als bei einer Pönalisierung der fahrlässigen Geldwäscherei die «wesentlich effizientere Norm» (*Botschaft StGB I*, 1088).

Kontext gerissen worden.⁴⁶¹ Die systematische Einordnung von Art. 305^{ter} StGB und damit des Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten im StGB ist also funktionell fragwürdig.⁴⁶²

Trotz diesen rechtsstaatlichen und systematischen Bedenken sind die Schwachpunkte – jedenfalls in praktischer Hinsicht – verkraftbar. Es wird in Anwendungsfällen von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB wahrscheinlich selten darum gehen, ob der wirtschaftlich Berechtigte korrekt festgestellt wurde.⁴⁶³ Auch wenn es im Einzelfall derart schwierig wäre, den wirtschaftlich Berechtigten zu bestimmen, sodass dies im Strafverfahren ernsthaft zum Thema würde, wird der Beschuldigte um eine Bestrafung herumkommen, sofern er die zumutbaren Abklärungen vorgenommen hat.⁴⁶⁴ Insofern relativiert sich das Problem der mangelnden Bestimmtheit des Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten, wenn auch nicht in rechtsdogmatischer, so immerhin in praktischer Hinsicht erheblich.⁴⁶⁵

Diese geringe praktische Relevanz dürfte der Hauptgrund sein, weshalb das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung trotz seiner Komplexität und dogmatischen Relevanz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB kaum Beachtung gefunden hat.⁴⁶⁶

461 CAPUS, Report, 143.

462 S. betreffend die funktionelle Einordnung oben Rz. 129.

463 Relevant werden könnte die Frage im Fall, in dem der Beschuldigte behauptet, den wirtschaftlich Berechtigten identifiziert zu haben, dies jedoch nicht mit der erforderlichen Sorgfalt tat. Diesfalls entscheidet die Frage, ob die richtige Person identifiziert wurde, über die Strafbarkeit (BGE 129 IV 329 E. 2.6. (= Pra 2004 Nr. 90)). Meist wird die Feststellung schlicht unterlassen (NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 226), womit sich diese Frage nicht stellt.

464 Vgl. ACKERMANN, Geldwäscherei, 117; GRABER, Sorgfaltspflichtvereinbarung, 165; GRÜNINGER, Strafbarkeit, 70; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 102.

465 Wobei die Kritik mit Blick auf den Sorgfaltsbegriff dieselbe ist und die Problematik sich entsprechend einfach dorthin verlagert.

466 Auch in BGER 6B_1315/2019 vom 3. Juni 2020, in dem es um eine Urkundenfälschung durch wahrheitswidriges Ausfüllen des Formulars A ging, kam das Gericht um eine Auseinandersetzung mit der wirtschaftlichen Berechtigung herum. Die Beschuldigte hätte um ihre fehlende wirtschaftliche Berechtigung zumindest wissen müssen, sodass sie sich nicht ohne Weiteres als wirtschaftlich berechtigt hätte ausgeben dürfen und deshalb unerheblich sei, «[o]b die vorinstanzliche Definition von wirtschaftlicher Berechtigung rechtlich zutreffend ist» (a.a.O. E. 1.2.3.).

VII. Exkurs: Die Verfügungsmacht i.S.v. Art. 72 StGB

182 Gemäss Art. 72 StGB «verfügt [das Gericht] die Einziehung aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen». Es handelt sich bei dieser Bestimmung zwar nicht um eine Geldwäscherinorm, doch soll sie den als Einziehungsvereitelung konzipierten Art. 305^{bis} StGB verstärken.⁴⁶⁷

183 Zum zentralen Begriff der Verfügungsmacht führt die Botschaft aus, es müsse die «wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten» massgeblich sein.⁴⁶⁸ Dabei verweist sie in einer Fussnote auf die Botschaft StGB I betreffend den entsprechenden Begriff in Art. 305^{ter} StGB.⁴⁶⁹ Nach dem Willen des Gesetzgebers deckt sich der Begriff der Verfügungsmacht nach Art. 72 StGB also mit demjenigen der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 305^{ter} StGB.

184 Vom Bundesgericht wurde die Beziehung zwischen der wirtschaftlichen Berechtigung und der Verfügungsmacht bis anhin nicht geklärt.⁴⁷⁰ Das Bundesgericht führte hinsichtlich der Verfügungsmacht – jeweils ohne Bezugnahme zur wirtschaftlichen Berechtigung – aus, dass «Verfügungsmacht im Sinne von Art. 59 Ziff. 3 [a] StGB [entspricht materiell Art. 72 StGB⁴⁷¹] bedeutet, dass die kriminelle Organisation die faktische Verfügungsgewalt über die in

467 Botschaft StGB II, 316; vgl. auch SCHMID, Einziehungsrecht, 322; SEELMANN/THOMMEN-KKVKOI, Art. 72 StGB N 4.

468 Botschaft StGB II, 318.

469 Botschaft StGB II, 318 FN 95.

470 Das Bundesgericht erwähnt in BGer 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005 E. 4.2. a.E. die wirtschaftliche Berechtigung, jedoch ohne direkten Zusammenhang mit der Verfügungsmacht: «Die wirtschaftliche Berechtigung des Beschwerdeführers an den in Frage stehenden Vermögenswerten bleibt durch die Beschlagnahme – wie dargelegt – im Übrigen unberührt.» Diese beiläufige Erwähnung könnte – sofern sie wirklich so gemeint ist – der Gleichsetzung von Verfügungsmacht und wirtschaftlicher Berechtigung entgegenstehen. Ist nämlich der Beschwerdeführer selbst wirtschaftlich berechtigt, kann es die kriminelle Organisation nicht sein, demzufolge sie keine Verfügungsmacht innehatte, womit die Voraussetzungen von Art. 72 StGB nicht erfüllt wären, was das Bundesgericht aber anders sah. Lösen liesse sich dieser Widerspruch mit der Annahme, dass die wirtschaftliche Berechtigung eines (mutmasslich) einer kriminellen Organisation angehörenden Individuums ebendieser Organisation zugerechnet würde (vgl. BAUMANN-BSK StGB I, Art. 72 N 5; SEELMANN/THOMMEN-KKVKOI, Art. 72 StGB N 47 f.; differenzierend LEU, Verfügungsmacht, 180 ff.).

471 SEELMANN/THOMMEN-KKVKOI, Art. 72 StGB N 9; SCHMID-KEOVGI, StGB 70-72 N 6a FN 12.

Frage stehenden Vermögenswerte ausübt und diese jederzeit für ihre Ziele einsetzen kann». ⁴⁷²

Gemäss der Doktrin dürften sich der Begriff der Verfügungsmacht und die wirtschaftliche Berechtigung inhaltlich decken, ⁴⁷³ wobei die Details zu diesem Verhältnis ungeklärt sind. ⁴⁷⁴

Damit gibt es im Wesentlichen zwei mögliche Auffassungen zum Begriff der Verfügungsmacht gemäss Art. 72 StGB. Entweder wird die Verfügungsmacht als wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. 305^{ter} StGB betrachtet (bzw. zumindest als Variante davon) oder als eigenständiges, von der wirtschaftlichen Berechtigung zu differenzierendes Konzept. ⁴⁷⁵

472 BGer1S.16/2005 vom 7. Juni 2005 E. 2.2.; ebenso BGer1B_79/2007 vom 27. November 2007 E. 4.

473 TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL-PK StGB, Art. 72 N2: «Der Begriff der Verfügungsmacht entspricht am ehesten jenem der wirtschaftlichen Berechtigung gem. Art. 305^{ter} [StGB]» [Hervorhebung weggelassen]; LEU, Verfügungsmacht, 174: «Die Verfügungsmacht soll gemäss den Materialien als eigenständiger strafrechtlicher Begriff betrachtet werden, der sich an der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB orientiert»; SCHMID, Einziehungsrecht, 347 sowie DERS., StGB 59 N 132, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998: «Der Begriff deckt sich weitgehend mit jenem der wirtschaftlichen Berechtigung im Sinne der Geldwäschereिनorm»; anders die Folgeauflage (DERS.-KEOVGI, StGB 70–72 N 132): «Der Begriff deckt sich teilweise mit jenem der wirtschaftlichen Berechtigung im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung»; BAUMANN-BSK StGBI, Art. 72 N 4: «Für den Begriff der Verfügungsmacht wird in der Literatur an den Begriff des *Gewahrsams* betreffend körperliche Werte bzw. der *wirtschaftlichen Berechtigung* betreffend unkörperliche Werte angeknüpft» [Hervorhebungen im Original]. Worin die jeweils angedeuteten Unterschiede («entspricht am ehesten», «orientiert», «weitgehend», «angeknüpft») liegen sollen, lassen all diese Autoren offen bzw. wird von keinem angesprochen.

474 S. dazu oben FN 473 a.E.

475 LEU, Verfügungsmacht, 175 ff. hält die wirtschaftliche Berechtigung aufgrund ihrer Unschärfe für einen ungeeigneten Begriff, äussert sich aber nicht dazu, wie sich das von ihm entwickelte Konzept zur wirtschaftlichen Berechtigung verhält.

§6 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Art. 265 f. SchKG)

- 187 Im SchKG findet sich nirgends der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten. In Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG sowie Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG erwähnt das Gesetz jedoch «Werte, über die der Schuldner *wirtschaftlich verfügt*», bzw. «Vermögenswerte Dritter, über die der Schuldner *wirtschaftlich verfügt*». ⁴⁷⁶ Sowohl die Lehre ⁴⁷⁷ als auch das Bundesgericht ⁴⁷⁸ bringen diese Formulierung in einen Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung. Damit drängt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit den beiden erwähnten SchKG-Normen im Rahmen dieser Untersuchung auf.

I. Entstehung

- 188 Die beiden Normen, und mit ihnen der Begriff des wirtschaftlichen Verfügens, fanden im Rahmen einer per 1. Januar 1997 in Kraft gesetzten Teilrevision

476 Hervorhebungen hinzugefügt.

477 FRIEDLI, Standesregeln, 36 a.A. geht von Kongruenz aus; FÜRSTENBERGER, Einrede, 38 geht ohne weitere Einlassung – dafür mit Verweis auf KUSTER (dazu sogleich) – von wirtschaftlicher Berechtigung aus; GILLIÉRON-Comm. LP III, Art. 265 N 48: «c'est un domaine où [...] la notion d'ayant droit économique a tout son sens»; KUSTER, Begriff, *passim* geht ohne Weiteres davon aus, dass es um wirtschaftliche Berechtigung geht; LANZ, Betrachtungsweise, 148: «auf die wirtschaftliche Berechtigung abstellende[...] Bestimmungen»; MATTHEY, Notion, 64: «un concept très voisin»; MATTHEY-CR LBA, Art. 4 N 1 FN 2; MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 69 f. gehen von analogen Begriffsverständnissen im SchKG und im GwG aus.

478 In BGER 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3. 3. a.E. hielt das Bundesgericht betreffend die Bestreitung neuen Vermögens fest, es sei nicht bundesrechtswidrig, dass die Vorinstanz geprüft habe, ob der Beschwerdeführer an bestimmten Vermögenswerten seiner Ehefrau «wirtschaftlich berechtigt ist». Wirtschaftliche Berechtigung ist auch in anderen Zusammenhängen im SchKG relevant (vgl. etwa BGE 129 III 239 (= Pra 2004 Nr. 41) betreffend Pfändung sowie BGE 130 III 579 betreffend Arrest; zu Letzterem und insb. dem Arrestdurchgriff im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Berechtigung: MEIER-DIETERLE FELIX C. / BADERTSCHER BARBARA, Röstigraben im Arrest-Durchgriffsrecht: Praxisänderung? – OGer ZH, PS200123 vom 20. August 2020, ZZZ 2022, 349 ff.).

Eingang ins SchKG,⁴⁷⁹ obwohl diese Einführung⁴⁸⁰ einer «[wirtschaftlichen] Betrachtungsweise bezüglich des Begriffes des neuen Vermögens» in der Vernehmlassung auf Kritik stiess.⁴⁸¹

II. Zweck und Funktion

A. Allgemein

Die Art. 265 f. SchKG beinhalten Regeln über den Konkursverlustschein. Ein solcher berechtigt den Gläubiger, den Schuldner erneut zu betreiben, jedoch nur falls und insoweit dieser über neues Vermögen verfügt.⁴⁸² In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG: «Als neues Vermögen gelten auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt.» Diese Norm beschlägt lediglich die Frage, welche Vermögenswerte rechnerisch zum neuen Vermögen zählen.⁴⁸³ Unter welchen Voraussetzungen Vermögenswerte Dritter, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, der Zwangsvollstreckung zugeführt werden können, bestimmt Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG: «Vermögenswerte Dritter, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, kann der Richter pfändbar erklären, wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln.»

Der Begriff des wirtschaftlichen Verfügens wird also im Zusammenhang mit der Berechnung des neuen Vermögens und der Pfändbarkeit von Drittvermögen gebraucht. In beiden Fällen wird dieselbe Zwecksetzung verfolgt. Es soll mittels einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise⁴⁸⁴ das neue Vermögen und das Vollstreckungssubstrat weiter gefasst werden, was die Rechte des

479 AS 1995 1227 ff., 1285 und 1307.

480 Gemäss WÜST, Konkursverlustforderung, 123 gab es die Möglichkeit, Vermögen dem Schuldner wirtschaftlich zuzurechnen, bereits vorher; gl. M. JUNKER, Rechtsvorschlag, 602 FN 144 (mit Verweis auf WÜST).

481 Botschaft SchKG, 13.

482 Art. 265 Abs. 2 Satz 2 SchKG. Es handelt sich bei dieser Beschränkung der Zwangsvollstreckung um eine Rechtswohlthat zugunsten des Schuldners, damit sich dieser finanziell erholen kann (anstelle vieler HUBER/SOGO-BSK SchKG II, Art. 265 N 13). WÜST, Konkursverlustforderung, 27 nennt dies treffend eine «Exekutionsbeschränkung».

483 HUBER/SOGO-BSK SchKG II, Art. 265 N 14.

484 Die Botschaft SchKG weist verschiedentlich ausdrücklich darauf hin, dass es hierbei um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geht (a.a.O., 3, 10, 13; s. auch a.a.O., 158: «Die neue Formulierung [...] will den Richter zu wirtschaftlicher Betrachtungsweise ermuntern»).

Gläubigers stärkt,⁴⁸⁵ indem Missbrauch bekämpft wird. Gerade dieser Missbrauchsbekämpfungszweck wird regelmässig ins Zentrum des Begriffs des wirtschaftlichen Verfügens gestellt.⁴⁸⁶

B. Rechtsmissbrauchsvorbehalt?

- 191 Mit Blick auf diese Zwecksetzung stellt sich zwangsläufig die Frage, ob hier überhaupt ein Fall von wirtschaftlicher Berechtigung vorliegt oder ob es sich nicht vielmehr um einen – bloss deklaratorischen⁴⁸⁷ – Rechtsmissbrauchsvorbehalt handelt.

1. Auslegung

- 192 Dem Wortlaut von Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG lässt sich diesbezüglich keine Antwort entnehmen. Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG verlangt für die Pfändung von Vermögenswerten, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, dass das (formell bestehende) «Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln.» In dieser Wendung schwingt zwar das Rechtsmissbrauchsverbot mit, doch das ist letztlich irrelevant. Es handelt sich nämlich um eine *Voraussetzung* für die Pfändbarerklärung von Vermögenswerten Dritter, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, und damit um einen – von der Frage nach dem wirtschaftlichen Verfügen – zu unterscheidenden Themenkomplex. Der Gesetzeswortlaut klärt die Frage also nicht.

- 193 Auch aus der Systematik lässt sich keine Antwort herleiten. Mit Blick auf die erlassübergreifende Systematik kann jedoch festgestellt werden, dass die Qualifikation als Rechtsmissbrauchsverbot die Formulierung des wirtschaftlichen Verfügens überflüssig werden liesse, da das Rechtsmissbrauchsverbot ohnehin Geltung beanspruchen würde.⁴⁸⁸ Die Systematik spricht also eher gegen eine Qualifikation als blosses Rechtsmissbrauchsverbot.

485 BGE 136 III 51 E. 3.3.; GASSER, Neues, 2.

486 Botschaft SchKG, 158: «Die neue Formulierung des Absatzes 2 konkretisiert in diesem Sinne das Rechtsmissbrauchsverbot» (s. auch a.a.O., 10, 117); die Missbrauchsthematik stand in der parlamentarischen Beratung im Vordergrund (vgl. etwa *Votum BR KOLLER*, AB NR 1993, 8; *Votum GUINAND* (Berichterstatter), AB NR 1993, 38; *Votum SALVIONI* (Berichterstatter), AB StR 1994, 733); BGer 5A_283/2007 vom 15. November 2007 E. 2.3.2.

487 Der Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich ohnehin auf die gesamte Rechtsordnung (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 309) und somit auch auf das SchKG (a.a.O., Art. 2 N 314).

488 S. oben FN 487; BRÖNNIMANN, Neuerungen, 226; HUBER/SOGO-BSK SchKG II, Art. 265 N 24.

Historisch stand die Charakterisierung als Missbrauchsbestimmung im Vordergrund.⁴⁸⁹ Die Botschaft ist diesbezüglich eindeutig: «Die neue Formulierung des Absatzes 2 konkretisiert in diesem Sinne das Rechtsmissbrauchsverbot, und will den Richter zu wirtschaftlicher Betrachtungsweise ermuntern».⁴⁹⁰ Im Übrigen betont die Botschaft jeweils, dass es um eine wirtschaftliche Betrachtung gehe.⁴⁹¹ Da die wirtschaftliche Betrachtungsweise⁴⁹² ein vom Rechtsmissbrauchsverbot zu unterscheidendes Konzept ist, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber nicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorsehen wollte, die *auch* für die Missbrauchsbekämpfung dienstbar gemacht werden kann.⁴⁹³ Die Voten in der parlamentarischen Debatte bringen hier keine Klärung.⁴⁹⁴ Letztlich weist aber das historische Element aufgrund der eindeutigen Formulierung in der Botschaft in Richtung Missbrauchsverbot.

Das teleologische Auslegungselement hilft vorliegend nicht weiter. Ob eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (und sich allenfalls dahinter verbergend das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung) oder die Missbrauchsbekämpfung Zweck der Formulierung sei, ist gerade unklar. Ausserdem liesse sich die Zwecksetzung der Missbrauchsbekämpfung auch mit dem Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung bewerkstelligen.

Das systematische Element spricht also eher gegen eine Qualifikation als blosses Rechtsmissbrauchsverbot, das historische dafür. Das grammatikalische und das teleologische Element lassen keine Tendenz erkennen. Die Auslegung der Formulierung des «wirtschaftlichen Verfügens» klärt die Frage nicht, ob mit dieser Wendung ein Rechtsmissbrauchsverbot normiert wird oder ob es um eine wirtschaftliche Betrachtung und dahinterstehend allenfalls die wirtschaftliche Berechtigung geht.

489 S. dazu oben FN 486.

490 Botschaft SchKG, 158.

491 S. dazu oben FN 484.

492 S. dazu unten Rz. 755.

493 Eine solche Interpretation würde die Widersprüche (oder zumindest Ambivalenzen) der Botschaft auflösen. Auf jeden Fall ist GUGGISBERG, Neuerungen, 80 zuzustimmen, wenn er schreibt: «Der Erklärungsversuch des Bundesrates, wonach der neue Begriff als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots und als «Ermunterung» des Richters zu wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu verstehen ist, vermag nicht restlos zu überzeugen.»

494 Das Votum BR KOLLER, ABNR 1993, 8 betont etwa die Missbrauchsbekämpfung, ohne die Bestimmung als Missbrauchsverbot zu qualifizieren. Die Voten GUINAND (Berichterstatter), ABNR 1993, 38 und SALVIONI (Berichterstatter), ABStR 1994, 733 nehmen ebenfalls keine solche Qualifikation vor, sondern bemühen lediglich das – in der Literatur allseits beliebte – Beispiel der Übertragung schuldnerischen Vermögens auf den Ehegatten (ebenso mit diesem Beispiel und m.w.H. BGer 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3.1.; GILLIÉRON-Comm. LP III, Art. 265 N 48 nennt dieses Beispiel «un classique du genre»).

2. Lehre und Rechtsprechung

197 In Anbetracht dieses Auslegungsergebnisses wenig überraschend ist die Lehre in dieser Frage gespalten. BRÖNNIMANN, HUBER/SOGO und JEANDIN messen der Formulierung einen weiteren Anwendungsbereich als das bloße Rechtsmissbrauchsverbot zu, da die Bestimmung andernfalls überflüssig wäre.⁴⁹⁵ A.M. sind FÜRSTENBERGER, GASSER und KUSTER, die eine solche Ausdehnung über den Bereich des Rechtsmissbrauchs hinaus ablehnen.⁴⁹⁶

198 Das Bundesgericht hat demgegenüber klar Stellung bezogen: «[D]ie wirtschaftliche Betrachtungsweise [ist] nur dann am Platz, wenn es darum geht, einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch zu begegnen. Insofern hat die Revision in diesem Punkt nur eine Klärung gebracht, die in der Lehre z.T. sogar als überflüssig qualifiziert wird».⁴⁹⁷ Nichtsdestotrotz hat es in einem kurz darauffolgenden Entscheid die wirtschaftliche Berechtigung ins Spiel gebracht.⁴⁹⁸

3. Stellungnahme

199 Die Frage, ob mit der Einführung des Begriffs des wirtschaftlichen Verfügens ins SchKG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und allenfalls das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung eingeführt wurde oder ob damit lediglich deklaratorisch das Rechtsmissbrauchsverbot Eingang in den Gesetzestext gefunden hat, ist weder durch Auslegung noch durch Lehre und Rechtsprechung eindeutig geklärt.

200 M.E. ist eine vermittelnde Position vorzuziehen. Der Begriff des wirtschaftlichen Verfügens soll eine wirtschaftliche Betrachtung ermöglichen. Diese Möglichkeit kann selbstverständlich ohne Weiteres auch der Missbrauchsbekämpfung dienen. Dies ist m.E. insofern überzeugend, als mit dieser Annahme die bloss rechnerische Berücksichtigung von Vermögen,⁴⁹⁹ über das der Schuldner wirtschaftlich verfügt, keine Missbräuchlichkeit voraussetzt (und so die wirtschaftliche Realität in der Zwangsvollstreckung angemessen berücksichtigt werden kann). Demgegenüber bedarf es für den Einbezug von solchem (formalem) Drittvermögen in die Zwangsvollstreckung⁵⁰⁰ zusätzlich einer für den «Dritten erkennbaren Absicht [...], die Bildung neuen

495 BRÖNNIMANN, Neuerungen, 226; HUBER/SOGO-BSK SchKG II, Art. 265 N 24; JEANDIN-CR LP, Art. 265 N 31; s. dazu auch oben Rz. 189 ff., insb. Rz. 191 ff.

496 FÜRSTENBERGER, Einrede, 43 f.; GASSER, Neues, 8 f.; KUSTER, Begriff, 294.

497 BGer 5A_283/2007 vom 15. November 2007 E. 2.3.2.

498 S. dazu oben FN 478.

499 Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG.

500 Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG.

Vermögens zu vereiteln». Damit nähert sich die Bestimmung in diesem Zusammenhang *im Ergebnis* einer Missbrauchsbestimmung an. Damit ist der Begriff des wirtschaftlichen Verfügens als eigenständiger, vom Rechtsmissbrauch zu unterscheidender Begriff zu betrachten. Aufgrund der inhaltlichen Nähe des wirtschaftlichen Verfügens zur wirtschaftlichen Berechtigung wird dieses wirtschaftliche Verfügen nachfolgend in der gewohnten Gliederung genauer analysiert.

III. Subjekt

Gemäss klarem Gesetzeswortlaut ist der Schuldner das Subjekt. Aus der Natur der Sache ergibt sich jedoch, dass nicht jeder konkursfähige Schuldner⁵⁰¹ in Frage kommt. Juristische Personen wie auch KIG und KmG werden durch den Konkurs aufgelöst,⁵⁰² womit sich die Frage nach der Betreuung aufgrund neuen Vermögens grundsätzlich nicht stellen kann. Praktisch relevant sind aus diesem Grund nur natürliche Personen.⁵⁰³ Diese Einschränkung betreffend das Subjekt ergibt sich aber nicht aus dem «wirtschaftlichen Verfügen» selbst, sondern aus der Gestaltung des Konkursrechts.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Trotz reichhaltiger Rechtsprechung zur Thematik des neuen Vermögens hat sich das Bundesgericht bisher kaum mit der Frage nach dem wirtschaftlichen Verfügen auseinandergesetzt. Es hat sich in der spärlichen Rechtsprechung hierzu auch nicht ausdrücklich zur Frage des Subjekts geäußert, sieht aber – in Anbetracht des klaren Gesetzeswortlauts wenig überraschend – ebenfalls den Schuldner bzw. den Betrieben als Subjekt.⁵⁰⁴

501 S. die Aufzählung in Art. 39 Abs. 1 SchKG sowie die Art. 190 ff. SchKG.

502 FÜRSTENBERGER, Einrede, 1; s. auch Art. 574 Abs. 1 OR, Art. 619 Abs. 1 i.V.m. 574 Abs. 1 OR, Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 OR, Art. 821 Abs. 1 Ziff. 3 OR etc. sowie Art. 159a HRegV.

503 Vgl. FÜRSTENBERGER, Einrede, 1.

504 BGer 5A_283/2007 vom 15. November 2007 E. 2.3.2.; BGer 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3.1. Die Auseinandersetzung mit der Thematik ist im erstgenannten Entscheid oberflächlich. Der Entscheid zitiert sogar die falsche Norm: «So sind nach Art. 265 Abs. 2 SchKG nunmehr sogar Vermögenswerte, welche dem Betrieben bloss wirtschaftlich gehören, pfändbar» (BGer 5A_283/2007 vom 15. November 2007 E. 2.3.2.). Die Pfändbarkeit ist in Art. 265a Abs. 3 SchKG geregelt.

B. Lehre

- 203 Ohne sich ausdrücklich mit dem Subjekt auseinanderzusetzen, sieht die Doktrin den Schuldner (bzw. den ehemaligen Konkursiten oder Betrieben) als Subjekt.⁵⁰⁵

C. Stellungnahme

- 204 Dieser klaren Rechtslage ist nichts hinzuzufügen, ausser der (wiederholte) Hinweis, dass die Beschränkung auf natürliche Personen sich nicht aus dem «wirtschaftlichen Verfügen» selbst ergibt, sondern aus der Gestaltung des Konkursrechts, sich daraus also nicht direkt Schlüsse für das zugrunde liegende Konzept ziehen lassen.

IV. Objekt

- 205 Gemäss klarem Gesetzeswortlaut muss ein Vermögenswert das Objekt sein.⁵⁰⁶ Aufgrund des Wortlauts und der Systematik ist zu klären, ob es weitere Qualifikationsmerkmale für die fraglichen Vermögenswerte gibt, nämlich Neuheit sowie Pfändbarkeit und ob es sich um Drittvermögen handeln muss. Diese Fragen sollen nachstehend, gewissermassen vor die Klammer gezogen, geklärt werden.
- 206 In den Art. 265 f. SchKG geht es jeweils um «neues Vermögen». Gemeint ist damit der (allfällige) «Überschuss der *nach Beendigung des Konkurses* erworbenen Aktiven über die neuen Schulden.»⁵⁰⁷ Aus logischen Gründen muss zunächst geklärt werden, über welche Vermögenswerte der Schuldner rechtlich und/oder wirtschaftlich verfügt, bevor die Frage der Neuheit geklärt werden kann. Sind dem Subjekt noch keine Vermögenswerte zugeordnet worden, macht die Klärung der Neuheit wenig Sinn. Für die hier interessierende Zurechnung von Vermögenswerten, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, ist diese *nachgeordnete* Frage also irrelevant.

505 FÜRSTENBERGER, Einrede, 45 ff.; GASSER, Neues, 7 ff.; DERS., SchKG, 21 f.; GILLIÉRON-Comm. LP III, Art. 265 N 48 sowie a.a.O., Art. 265a N 20; GUGGISBERG, Neuerungen, 80; HARDMEIER, Änderungen, 1437; HUBER/SOGO-BSK SchKG II, Art. 265 N 24 sowie a.a.O., Art. 265a N 15; JEANDIN-CR LP, Art. 265 N 30 ff. sowie a.a.O., Art. 265a N 28; KREN KOSTKIEWICZ-OFK SchKG, Art. 265 N 11; KUSTER, Begriff, 289 ff.

506 Dass in Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG nur von «Werte[n]» die Rede ist, dürfte daran liegen, dass das Wort Vermögen direkt davor verwendet wurde; es handelt sich also wohl um eine Verkürzung aus stilistischen Gründen.

507 JUNKER, Rechtsvorschlag, 601 f. [Hervorhebung hinzugefügt].

Des Weiteren drängt sich die Frage auf, ob es sich um pfändbare Vermögenswerte handeln muss. Beim Begriff des «neuen Vermögens» handelt es sich um einen bilanzmässigen Begriff, d.h., es geht um die nach dem Konkurs erworbenen *Nettoaktiv*en.⁵⁰⁸ Da es sich beim (neuen) Vermögen um eine rein rechnerische Grösse handelt,⁵⁰⁹ ist für den Einbezug von Vermögenswerten nicht relevant, ob diese selbst pfändbar sind.⁵¹⁰ 207

Zu guter Letzt ist zu klären, ob es sich um Vermögenswerte eines Dritten handeln muss.⁵¹¹ Aus rechtsdogmatischer Sicht ist dies nicht zwingend. Es ist schlüssig den Schuldner betreffend Vermögenswerte, über die er rechtlich verfügt, als den wirtschaftlich Verfügenden zu betrachten. Allerdings ist diese Konstellation in der Praxis schlicht nicht relevant, sodass die Frage soweit ersichtlich nicht geklärt ist. Aus diesem Grund und weil sich aus dieser Frage keine Implikationen für das Objekt ergeben, wird diese Frage hier offengelassen. 208

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Bisher gibt es, soweit ersichtlich, keine bundesgerichtliche Auseinandersetzung mit dem Vermögen als Objekt des wirtschaftlichen Verfügens. In einem Entscheid nennt das Bundesgericht schlicht «Vermögenswerte»,⁵¹² in einem anderen «Vermögenswerte, die rechtlich [...] einem Dritten gehören».⁵¹³ 209

B. Lehre

Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Objekt im Konzept des wirtschaftlichen Verfügens fehlt in der Lehre, sodass die Antwort aus den Ausführungen zum wirtschaftlichen Verfügens deduziert werden muss. 210

508 HUBER/SOGO-BSK SchKGII, Art. 265 N14; BGE 99 Ia 19 E. 3. a) verwendet den Begriff des Nettovermögens.

509 GASSER, Neues, 10; vgl. auch FÜRSTENBERGER, Einrede, 44.

510 BGE 99 Ia 19 E. 3. c): «Andererseits lässt sich sehr wohl die Ansicht vertreten, der Richter befinde nur darüber, welcher Lohnanteil unter dem Gesichtspunkt des Art. 265 Abs. 2 SchKG gepfändet werden könne, während es im Betreibungsverfahren Sache des Betreibungsbeamten sei, den Betrag gestützt auf Art. 93 SchKG niedriger anzusetzen, wenn wegen des inzwischen gesunkenen Einkommens in das Existenzminimum eingegriffen würde [...]. Diese Lösung scheint sich aufzudrängen»; auch die Anwendung von Art. 92 SchKG findet nachgelagert statt (ebd.); s. auch BGE 136 III 51 E. 3.3.; a.M. FÜRSTENBERGER, Einrede, 22, der die Kompetenzstücke (Art. 92 SchKG) ausklammern will.

511 Vgl. Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG.

512 BGer 5A_283/2007 vom 15. November 2007 E. 2.3.2.

513 BGer 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3.1.

- 211 FÜRSTENBERGER postuliert, dass ein Vermögenswert das Objekt ist.⁵¹⁴ Ob es sich um Drittvermögen handeln muss, bleibt dabei unklar.⁵¹⁵ GASSER geht demgegenüber eindeutig von Drittvermögen aus.⁵¹⁶ GILLIÉRON, GUGGISBERG, HUBER/SOGO, JEANDIN und KREN KOSTKIEWICZ scheinen ebenfalls dieser Meinung zu sein.⁵¹⁷
- 212 KUSTER dürfte ebenfalls dieser Meinung sein, nennt jedenfalls konsequent Vermögenswerte als Objekt.⁵¹⁸ Überraschenderweise kommt er dann im Fazit zum Schluss, dass es beim wirtschaftlichen Verfügen um Einfluss «auf den formellen Eigentümer und damit auf die betreffenden Vermögenswerte» geht.⁵¹⁹ Damit stellt sich die Frage, ob ein intersubjektiver Ansatz vertreten wird oder ob es sich um eine blossе Unsauberkeit bei der Formulierung handelt. M.E. ist mit Blick auf die erwähnten sonstigen Ausführungen KUSTERS eher von Letzterem auszugehen.
- 213 Vorsichtig äussert sich HARDMEIER, wenn er schreibt, dass auch auf Werte abgestellt werden kann, «über die der Schuldner *nicht unbedingt rechtlich*,] aber wirtschaftlich, d.h. faktisch verfügt.»⁵²⁰ Ein, wie auch immer geartetes, rechtliches Verfügen über das Objekt ist für ihn also nicht ausgeschlossen, was gegen eine Beschränkung des Objekts auf Drittvermögen spricht.
- 214 Trotz der nur spärlich vorhandenen Auseinandersetzungen mit dem Objekt in der Lehre ist klar, dass es sich jeweils um (Dritt-)Vermögen handeln muss.

514 FÜRSTENBERGER, Einrede, 38 ff. Im Widerspruch zu seinen übrigen Ausführungen scheint FÜRSTENBERGER einmal davon auszugehen, dass der «formelle Eigentümer» als Objekt zu betrachten sei, und postuliert damit einen intersubjektiven Ansatz, wenn er schreibt, es gehe um «Einfluss auf den formellen Eigentümer und damit auf den betreffenden Vermögenswert» (a.a.O., 47). Da in dieser Aussage wiederum der Vermögenswert selbst als letztlich massgebliches Objekt erscheint, ist von einem Versehen auszugehen.

515 In der Überschrift bei FÜRSTENBERGER, Einrede, 38 ist von «Vermögenswerten Dritter» die Rede. Darauf wird dann aber nicht vertieft eingegangen, sodass die Vermutung naheliegt, dass diese Formulierung dem Umstand geschuldet ist, dass sich die Frage nur im Kontext von (formellem) Drittvermögen stellt (s. dazu oben Rz. 208).

516 GASSER, SchKG, 21; weniger deutlich DERS., Neues, 7 ff.

517 GILLIÉRON-Comm. LP III, Art. 265 N 48; GUGGISBERG, Neuerungen, 80; HUBER/SOGO-BSK SchKG II, Art. 265 N 24, wobei HUBER/SOGO in der Überschrift den Begriff «Dritteigentum» verwenden, auch wenn dem nachfolgenden Text – m.E. zu Recht – keine solche Einschränkung auf Eigentum zu entnehmen ist; sinnvollerweise ist jegliches (Dritt-)Vermögen, insb. auch obligatorische Ansprüche, erfasst; JEANDIN-CRLP, Art. 265 N 30 ff.; KREN KOSTKIEWICZ-OFK SchKG, Art. 265 N 11.

518 KUSTER, Begriff, 289 ff.

519 KUSTER, Begriff, 293.

520 HARDMEIER, Änderungen, 1437 [Hervorhebung hinzugefügt].

C. Stellungnahme

Die Analyse von Rechtsprechung und Doktrin deutet klar darauf hin, dass Vermögen eines Dritten das Objekt ist. Wie einleitend bemerkt, ist die Beschränkung auf Drittvermögen aus rechtsdogmatischer Sicht nicht zwingend, sondern ergibt sich aus systematischen bzw. praktischen Gründen.⁵²¹ Vermutlich wurde aufgrund der rein dogmatischen Natur der Frage in Lehre und Rechtsprechung kein Versuch unternommen, diese zu klären. M.E. ist die Beschränkung auf Drittvermögen aus dogmatischer bzw. konzeptueller Sicht – und um diese geht es hier – nicht überzeugend. Objekt kann demgemäss jeder Vermögenswert sein, auch wenn es praktisch immer um Drittvermögen geht.

V. Subjekt-Objekt-Relation

Das Gesetz gibt, ausser der Formulierung des wirtschaftlichen Verfügens, keine Hinweise auf die Subjekt-Objekt-Relation. Der Botschaft ist immerhin zu entnehmen, dass es um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geht.⁵²²

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Soweit erkennbar, hat sich das Bundesgericht erst zweimal mit dem wirtschaftlichen Verfügungen auseinandergesetzt. Allerdings hat sich das Gericht beide Male nur knapp damit beschäftigt.

Im einen Entscheid hat es festgehalten, dass es um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gehe und um Vermögenswerte, die dem Betrieben «wirtschaftlich gehören».⁵²³ Im anderen Entscheid hat das Bundesgericht das wirtschaftliche Verfügungen – mit Verweis auf GASSER⁵²⁴ – mit wirtschaftlichem Beherrschen gleichgesetzt.⁵²⁵ Im selben Entscheid hat das Gericht auch die Begriffe der wirtschaftlichen Berechtigung⁵²⁶ und der wirtschaftlichen Verfügungsmacht⁵²⁷ scheinbar synonym zum wirtschaftlichen Verfügungen verwendet.

521 S. dazu oben Rz. 208.

522 S. dazu oben FN 484. Die Botschaft verwendet auch, leider ohne weitere Ausführungen, den Begriff der «wirtschaftlichen Zugehörigkeit» (Botschaft SchKG, 160).

523 BGer 5A_283/2007 vom 15. November 2007 E. 2.3.2.

524 S. dazu unten Rz. 221.

525 BGer 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3.1.

526 BGer 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3.3. a.E.

527 BGer 5A_452/2007 vom 22. Januar 2008 E. 3.4. a.E.

- 219 Auch wenn eine vertiefte höchstrichterliche Auseinandersetzung mit dem Thema fehlt, muss als einigermassen gesichert gelten, dass es beim wirtschaftlichen Verfügen um Kontrolle in wirtschaftlicher Betrachtungsweise geht.

B. Lehre

- 220 Gemäss FÜRSTENBERGER muss die für das wirtschaftliche Verfügen erforderliche Verfügungsmacht «so ausgestaltet [sein], dass der Betroffene gegen aussen wie der eigentliche Eigentümer der Sache auftritt» und «Substanz und Ertrag des Wertes [...] wirtschaftlich gesehen beim Schuldner [bleiben]». ⁵²⁸ Eine rein tatsächliche Einflussnahme sei dabei ausreichend. ⁵²⁹ Da dieser Autor das wirtschaftliche Verfügen als Rechtsmissbrauchsvorbehalt betrachtet, ⁵³⁰ sei das Konzept anhand von Art. 2 ZGB zu konkretisieren, ⁵³¹ u.a. anhand des gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs. ⁵³² Dieses Postulat bindet FÜRSTENBERGER konzeptuell so ein, dass er zusätzlich zur Verfügungsmacht als zweites Kriterium voraussetzt, dass der Schuldner «die juristische Vermögensbildung in seinem eigenen Vermögen rechtsmissbräuchlich verhindert hat» und er den Vermögenswert ohne Weiteres in seinem Vermögen halten könnte. ⁵³³
- 221 Da GASSER im wirtschaftlichen Verfügen ebenfalls eine blossе, eigentlich überflüssige Wiederholung von Art. 2 ZGB erblickt, ⁵³⁴ beschäftigt er sich nicht vertieft mit dessen Substanz. Er beschränkt sich auf die Feststellung, dass es um eine wirtschaftliche Beherrschung von Vermögenswerten gehe. ⁵³⁵
- 222 GILLIÉRON äussert sich nicht zur Subjekt-Objekt-Relation. GUGGISBERG scheint «wirtschaftlich» mit «faktisch» gleichzusetzen, ⁵³⁶ wobei er teilweise beide Begriffe kumulativ verwendet, ⁵³⁷ sodass unklar bleibt, wie die Subjekt-

528 FÜRSTENBERGER, Einrede, 47.

529 FÜRSTENBERGER, Einrede, 47.

530 S. dazu oben Rz. 197.

531 FÜRSTENBERGER, Einrede, 43.

532 FÜRSTENBERGER, Einrede, 43.

533 FÜRSTENBERGER, Einrede, 48. Mit dem Begriff des «juristischen Vermögens» sind dabei diejenigen Vermögenswerte gemeint, an denen der Schuldner selbst formal berechtigt ist.

534 S. dazu oben Rz. 197.

535 GASSER, SchKG, 21.

536 GUGGISBERG, Neuerungen, 80: «Das pfändbare neue Vermögen soll de lege ferenda auf das wirtschaftlich (faktische) neue Schuldnervermögen ausgedehnt werden.»

537 So schreibt GUGGISBERG, Neuerungen, 80 vom «wirtschaftlich neuen faktischen Vermögen».

Objekt-Relation ausgestaltet sein muss. Für HARDMEIER geht es ebenfalls um faktisches Verfügen.⁵³⁸ Ähnlich äussern sich HUBER/SOGO, für die es ausreichend ist, wenn der Schuldner «rein tatsächlich über gewisse Vermögenswerte verfügt».⁵³⁹

JEANDIN sieht das wirtschaftliche Verfügen als wirtschaftliche Beherrschung, wobei es sich um ein rein faktisches Kriterium handle.⁵⁴⁰ KREN KOSTKIEWICZ geht ebenso von einem wirtschaftlichen Beherrschen aus.⁵⁴¹

Am eingehendsten mit dem wirtschaftlichen Verfügen hat sich KUSTER²²⁴ auseinandergesetzt. Er kommt zum Schluss, dass entscheidend sei, ob der Schuldner «faktisch einen massgeblichen Einfluss auf den formellen Eigentümer und damit auf die betreffenden Vermögenswerte ausüben kann.»⁵⁴²

Bei allen Unterschieden ist klar, dass die Lehre unter dem wirtschaftlichen Verfügen eine faktische Beherrschung (eines Vermögenswerts) versteht.²²⁵

C. Stellungnahme

Rechtsprechung und Doktrin haben sich kaum vertieft mit der Subjekt-Objekt-Relation auseinandergesetzt. Viele Ausführungen beschränken sich mehr oder weniger auf die Feststellung, dass es um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gehe, dass es sich um einen blossen Rechtsmissbrauchsvorbehalt handle, oder sie ersetzen schlicht das Wort wirtschaftlich im Begriff «wirtschaftliches Verfügen» durch ein anderes – etwa faktisch. Der Erkenntnisgewinn aus derartigen Wortspielen ist gering. Entsprechend ist der Untersuchungsgegenstand konturlos geblieben.⁵⁴³

Der Versuch, das Konzept mithilfe des Durchgriffs zu konturieren,⁵⁴⁴ ist vor dem Hintergrund der teilweise postulierten Nähe (oder gar Kongruenz) des wirtschaftlichen Verfügens zum Rechtsmissbrauchsvorbehalt nachvollziehbar.⁵⁴⁵ Doch ist diese Analogie aus konzeptueller Warte gerechtfertigt?

538 HARDMEIER, Änderungen, 1437.

539 HUBER/SOGO-BSK SchKGII, Art. 265 N 24.

540 JEANDIN-CR LP, Art. 265 N 30 f. («maîtrise économique»).

541 KREN KOSTKIEWICZ-OFK SchKG, Art. 265 N 11.

542 KUSTER, Begriff, 293.

543 MEIER ISAAK/HAMBURGER CARLO, Die Entschuldung von Privathaushalten im schweizerischen Recht, SJZ 2014, 93 ff., 99; kritisch auch GUGGISBERG, Neuerungen, 80; FÜRSTENBERGER, Einrede, 38 weist auf die Gefahr hin, dass die Bestimmung zum «Gummiparagraphen» verkommen könnte. Die Angst vor der «Gummivorschrift» wurde bereits während der Gesetzgebungsarbeiten geäussert (DICKMANN MARTIN, Änderungen der Gläubigerrechte durch die SchKG-Revision, ST 1982, 48 f., 48).

544 So FÜRSTENBERGER (s. dazu oben Rz. 220); ähnlich KUSTER, Begriff, 292.

545 Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre folgen der sog. Missbrauchslehre, wonach ein Durchgriff erst bei Rechtsmissbrauch zulässig ist (KOBIERSKI, Durchgriff, 49).

«Die erste Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der wirtschaftlichen Identität von *juristischer Person* und dem Schuldner.»⁵⁴⁶ Das Vorhandensein einer juristischen Person ist jedoch im Konzept des wirtschaftlichen Verfügens nicht vorausgesetzt. Beredtes Zeugnis davon ist das beliebteste Anwendungsbeispiel – wie erwähnt dasjenige der Ehefrau, die Vermögenswerte des Schuldners (und Gatten) formell zu Eigentum hält.⁵⁴⁷ Hier geht es gewissermassen um die wirtschaftliche Identität mit einer natürlichen Person, wobei auch dies keine präzise Umschreibung des Problems wäre, denn wie aufgezeigt geht es beim wirtschaftlichen Verfügen nicht um die Beherrschung einer (natürlichen oder juristischen) Person, sondern um die Beherrschung eines Vermögenswerts.⁵⁴⁸ Umgekehrt ist bei der archetypischen Durchgriffssituation – der Einmanngesellschaft – das Konzept des wirtschaftlichen Verfügens nicht vonnöten, um Vermögenswerte in die Zwangsvollstreckung einzubeziehen. Der Aktionär hält in diesem Beispiel (auch formell) die Aktien zu Eigentum, sodass diese gepfändet werden können. Aus konzeptueller Perspektive vermag die Analogie zum Durchgriff also nicht wirklich zu überzeugen.⁵⁴⁹

228 Trotz aller Unwägbarkeiten und Unschärfen ist in inhaltlicher Hinsicht immerhin klar, dass das Subjekt das Objekt beherrschen können muss, wobei die dafür notwendige Macht-(Ausübung) nicht rechtlich abgesichert zu sein braucht, d.h. auch bloss tatsächlich vorhanden sein kann.

229 Aus praktischer Sicht ist noch anzumerken, dass beim wirtschaftlichen Verfügen die «Zuordnungsrichtung», im Vergleich etwa zur wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG, umgekehrt ist. Beim wirtschaftlichen Verfügen sollen einem Subjekt Objekte zugeordnet werden und nicht, wie bei der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 4 GwG, das zu einem Objekt gehörende Subjekt gefunden werden. Bei konzeptueller Betrachtung spielt dies keine Rolle, da in beiden Fällen die Zuordnung aus der Perspektive des Subjekts vorgenommen wird.

546 BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2. [Hervorhebung hinzugefügt]; s. auch KOBERSKI, Durchgriff, 111.

547 S. dazu oben FN 494.

548 S. dazu oben Rz. 205 ff.

549 Zum Verhältnis der wirtschaftlichen Berechtigung zum Durchgriff s. auch unten Rz. 853 ff., insb. Rz. 856.

VI. Zusammenfassung

Es gibt in der Literatur und Rechtsprechung nur wenige vertiefte Auseinandersetzungen mit dem Konzept des wirtschaftlichen Verfügens gemäss Art. 265 f. SchKG. Das wird nicht zuletzt daran liegen, dass das wirtschaftliche Verfügen nicht selten als blosser Rechtsmissbrauchsvorbehalt verstanden wird. Diese Vermengung führt teilweise zu weiteren unsauberer Auseinandersetzungen mit der Thematik, wie wenn etwa das Unterlassen der Vermögensbildung bzw. die Verschleuderung von Vermögen thematisch mit dem wirtschaftlichen Verfügen gleichgesetzt wird (wahrscheinlich mit der Überlegung, dass es in beiden Fällen um Rechtsmissbrauch geht).⁵⁵⁰

Nichtsdestotrotz lassen sich zusammenfassend folgende Eckpunkte des Konzepts des wirtschaftlichen Verfügens festhalten: Subjekt ist der Schuldner, wobei es in rechtstatsächlicher Hinsicht nur um natürliche Personen gehen kann. Objekt ist ein Vermögenswert, wobei in der Praxis nur Vermögenswerte Dritter in Frage kommen. Die Subjekt-Objekt-Relation liegt darin, dass das Subjekt faktisch über das Schicksal des Objekts bestimmen kann. Anzumerken ist, dass sich die genannten Einschränkungen betreffend Subjekt und Objekt aus zwangsvollstreckungsrechtlichen Besonderheiten oder praktischen Notwendigkeiten ergeben, sie jedoch in konzeptueller Hinsicht irrelevant sind.

550 Vgl. etwa KUSTER, Begriff, 293.

§7 Finanzmarktinfrastukturgesetz (Art. 120 FinfraG)

- 232 Im Finanzmarktrecht ist die wirtschaftliche Berechtigung vielerorts ein Thema.⁵⁵¹ Diese Tatsache hat das Bundesgericht hervorgehoben und – hinsichtlich des Aufsichtsrechts – festgehalten, «dass es im Bank- und Finanzmarktaufsichtsrecht regelmässig nicht nur auf den formellen Aktionär, sondern vielmehr zusätzlich gerade auch auf den wirtschaftlich Berechtigten ankommt. Wird dieser nicht mitberücksichtigt, wäre das gesetzgeberische Ziel oft gar nicht zu erreichen».⁵⁵² Einer der bekanntesten Anwendungsfälle ist die börsenrechtliche Meldepflicht gemäss Art. 120 FinfraG.
- 233 Diese Norm erwähnt den wirtschaftlich Berechtigten mit keiner Silbe. Dennoch ist unbestritten, dass er sich hinter der Wendung «indirekt» versteckt.⁵⁵³ Die Verordnung adressiert entsprechend unumwunden den wirtschaftlich Berechtigten,⁵⁵⁴ auch wenn der Verordnungsgeber das «Schreckwort» ursprünglich vermeiden wollte.⁵⁵⁵
- 234 Die wirtschaftliche Berechtigung ist im Rahmen der Meldepflicht gemäss Art. 120 FinfraG nicht eine blossе Nebenerscheinung: «Das eigentliche juristische Problem dieser Meldepflicht liegt nun aber in der Notwendigkeit, die Rechtsfolge nicht nur beim formell Berechtigten, sondern beim wirtschaftlich Berechtigten anzuknüpfen».⁵⁵⁶ Aus dem Umstand, dass in der wirtschaftlichen

551 S. bspw. Art. 37 Abs. 1 lit. d FinfraV; Art. 75 Abs. 1 lit. d FINIV; Art. 3 lit. k FinfraV-FINMA; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 211.

552 BGE 124 II 581 E. 2) c) bb).

553 Botschaft FinfraG, 7582: «Meldepflichtig ist in erster Linie der wirtschaftlich Berechtigte»; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 46: «knapp, aber folgenreich angedeutet»; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 114 und N 177; vgl. auch BERISHA, Diffusion, 126 und 128; BRÜGGER, Transparenz, 85 f.; FRIEDLI, Standesregeln, 35 f.; WEBER, Anforderungen, 654, 656 f.; auch bei der Treuhändervinkulierung (s. dazu unten Rz. 364) gibt es diese begriffliche Verknüpfung (vgl. VISCHER, Prüfungsrecht, 262).

554 Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA: «Meldepflichtig sind die wirtschaftlich Berechtigten an Beteiligungspapieren nach Artikel 120 Absatz 1 FinfraG.»

555 NOBEL, Kernbestand, 104. NOBEL bezieht sich zwar auf den «wirtschaftlichen Eigentümer», bezeichnet damit aber den wirtschaftlich Berechtigten (vgl. den Verweis auf die VSB und Art. 305^{bis} StGB ebd.).

556 BÖCKLI, Börsengesetz, 235 a.E.; DERS., Aktienrecht, § 7 Rz. 66: «Ein Hauptproblem der Schwellenmeldepflicht, offiziell «Offenlegung von Beteiligungen», war von Anfang an

Berechtigung die Crux dieser Norm liegt, ist aber nicht zu schliessen, dass sie nicht systemkonform bzw. ein Fremdkörper im Offenlegungsrecht wäre.⁵⁵⁷ Im börsenrechtlichen Offenlegungsrecht herrscht nämlich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vor⁵⁵⁸ und gemäss DUBS/BRÜGGER ist der wirtschaftlich Berechtigte gar ein «[t]ypischer Regelungsadressat im Finanzmarktrecht».⁵⁵⁹

I.S.d. Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass es im Finanzmarktrecht weitere Offenlegungspflichten gibt, die u.a. auf ein indirektes Halten von Beteiligungen abstellen und somit möglicherweise einen Bezug zur wirtschaftlichen Berechtigung aufweisen. So statuiert Art. 134 Abs. 1 FinfraG eine (verschärfte) Meldepflicht für die Dauer eines öffentlichen Kaufangebotes. Diese Meldepflicht weist einige Besonderheiten gegenüber Art. 120 FinfraG auf, jedoch nicht hinsichtlich des indirekten Haltens oder Erwerbens und damit der wirtschaftlichen Berechtigung,⁵⁶⁰ sodass hier auf weitere Einlassungen verzichtet wird. Auch ausserhalb des FinfraG gibt es Offenlegungspflichten mit Bezug auf ein indirektes Halten von Beteiligungen,⁵⁶¹ auf die aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.⁵⁶² Der Fokus liegt ausschliesslich auf dem relevantesten Fall, der Meldepflicht nach Art. 120 FinfraG.

Aufgrund ihrer engen Verwandtschaft mit der Offenlegungspflicht von Art. 120 FinfraG, ist auf diejenige von Art. 663c aOR gesondert hinzuweisen. Sie wurde schon als Vorstufe der börsenrechtlichen Offenlegungspflicht bezeichnet.⁵⁶³ Es ist allerdings umstritten, ob das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung bei dieser Offenlegungspflicht zum Tragen kommt.⁵⁶⁴ Ausser-

und ist heute die Erfassung von wirtschaftlich Berechtigten»; vgl. auch WEBER, Anforderungen, 656 f.

557 NOBEL, Börsenrecht, 181 weist aber auf Spannungen mit dem Zivilrecht hin, denn die Erfassung der indirekten Erwerbstatbestände sei «Marktperspektive in Reinkultur, mit der das Zivilrecht seine Mühe hat».

558 Empfehlung 0131/01 der UEK i.S. Lonza Group AG vom 7. Juni 2002 E. 1.5.; KUNZ, Implementia, 1478 f.; DERS., Beteiligungstransparenz, 256 f.; NOBEL, Börsenrecht, 187; WEBER, Meldepflichten, 782 f.

559 DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 290 [Hervorhebung im Original].

560 Vgl. Art. 40 UEV; LUCHSINGER GÄHWILER / AMMANN / MONTANARI-SK FinfraG, Art. 134 N18 ff.

561 Vgl. JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N41 ff.; s. dazu auch unten Rz. 236.

562 Analoges gilt für die – prima vista ähnlichen – Themen der wirtschaftlichen Einheit (s. etwa Art. 1a lit. c BankG, Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG i.V.m. Art. 21 f. BankV, Art. 33 Abs. 4 lit. b BEG, Art. 49 Abs. 1 lit. c FINIG, Art. 64 lit. c VAG, Art. 72 lit. d VAG) sowie der wirtschaftlichen Verbundenheit (Art. 2 Abs. 2 lit. a FINIG i.V.m. Art. 3 FINIV, Art. 14 Abs. 3 lit. c KAG).

563 METTIER, Offenlegung, 68; s. auch JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N34.

564 Dafür: CEREGHETTI, Offenlegung, 214 ff.; KÜPFER, Unternehmensbeteiligung, 126; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 78 f.; WATTER/MAIZAR-BSK ORII, Art. 663c N30 m.w.H.

dem wurde diese Bestimmung aufgrund der diversen Unzulänglichkeiten⁵⁶⁵ und der mangelnden Relevanz⁵⁶⁶ ersatzlos gestrichen.⁵⁶⁷ Aus diesen Gründen bleibt es bei diesem Hinweis.

237 Zu guter Letzt ist der indirekte Erwerb von der Gruppenthematik abzugrenzen.⁵⁶⁸ Das mag auf den ersten Blick müssig – da scheinbar eindeutig – wirken, ist aber im Einzelnen nicht immer einfach.⁵⁶⁹ In beiden Fällen tritt eine Personenmehrheit in offenlegungsrechtlich relevanter Weise in Erscheinung⁵⁷⁰ und in beiden Fällen wird die Relation zwischen diesen Personen wirtschaftlich betrachtet.⁵⁷¹ In konzeptueller Hinsicht geht es bei einer Gruppe um eine horizontale, beim indirekten Erwerb dagegen um eine vertikale Relation.⁵⁷² In einer Gruppe handeln mehrere Personen zusammen, die je an ihren Beteiligungspapieren wirtschaftlich berechtigt sind. Es sind begriffsnotwendig mehrere wirtschaftlich Berechtigte involviert,⁵⁷³ die ihre

Wohl dafür: FORSTMOSER, OR 663c, 85. Wohl dagegen: WEBER, Meldepflichten, 782 ff. Dagegen: BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 8 Rz. 682; HIRSCH ALAIN, Loi sur les bourses: l'annonce des participations importantes, in: Thévenoz Luc (Hrsg.), Journée 1996 de droit bancaire et financier, Bern 1996, 75 ff., 80.

565 FORSTMOSER, OR 663c, *passim*; METTIER, Offenlegung, 64 ff.; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 91 ff.; WEBER, Meldepflichten, 773. Zur Inkongruenz mit der börsenrechtlichen Offenlegungspflicht: KUNZ, Minderheitenschutz, § 10 Rz. 110 ff.

566 BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 8 Rz. 661; DERS., Börsengesetz, 234: «Die aktienrechtliche «kleine» Offenlegung des Art. 663c [...] ist im Vergleich [zur börsenrechtlichen Offenlegungspflicht] ein Kindergarten»; JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 32; SCHENKER, Übernahmerecht, 65: «keine Bedeutung mehr» bzw. «überflüssig».

567 Die Bestimmung wurde per 1. Januar 2023 aufgehoben (AS 2020 4005, 4023 i.V.m. AS 2022 109).

568 Vgl. BGE 136 II 304 E. 7.7., wonach der «indirekte Erwerb» eine Analogie zur «gemeinsamen Absprache mit Dritten» beinhaltet.

569 BÖCKLI, Börsengesetz, 238: «dornenvoll»; GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 370 (s. auch den Überblick über die Lehrmeinungen a.a.O., Rz. 368); KISTLER, Meldepflicht, 107; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 212; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 121 N 22.

570 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 121 N 33; SCHENKER, Übernahmerecht, 123.

571 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 121 N 4.

572 DRUEY, Meldepflicht, 40; ihm folgend: MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 68 und N 209; STADELMANN-FHB Kapitalmarktrecht, Rz. 8.113 f.

573 GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 371; KISTLER, Meldepflicht, 108; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 211; a.M. METTIER, Offenlegung, 130, die den Gruppentatbestand als Unterfall des indirekten Erwerbs betrachtet, da alle Gruppenmitglieder indirekt die Aktien der jeweils anderen halten. Diese Ansicht ist abzulehnen, da sie die Natur der Gruppe als sich koordinierende (und nicht kontrollierte) Personenmehrheit verkennt. Dies erstaunt umso mehr, als diese Autorin die Unterscheidung zwischen horizontaler (Gruppe) und vertikaler (indirekter Erwerb) Relation selbst vertritt (METTIER, Offenlegung, 108 und 120) und sich damit m.E. in Widerspruch zu sich selbst setzt; ebenfalls a.M.: OLS, III/00, 2.

eigenen Interessen verfolgen und sich auf Augenhöhe begegnen,⁵⁷⁴ also nicht in einer (hierarchischen) Subjekt-Objekt-Relation stehen. Im Gegensatz dazu gibt es beim indirekten Erwerb nur einen wirtschaftlich Berechtigten, der die anderen involvierten Personen (bzw. Person) kontrolliert,⁵⁷⁵ womit die – bei der Gruppe fehlende – Subjekt-Objekt-Relation vorhanden ist. Damit ist klar, dass die Gruppe, unabhängig von ihrer genauen Qualifikation, nicht unter die Arbeitsdefinition wirtschaftlicher Berechtigung fällt.⁵⁷⁶ Eine weitere Auseinandersetzung mit der Gruppenthematik erübrigt sich deshalb.

I. Entstehung

Bis zur Einführung des BEHG stand das Börsenrecht in kantonaler Kompetenz.⁵⁷⁷ Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum BEHG fiel der Entscheid, die im Rahmen der Revision des Aktienrechts diskutierte Meldepflicht ins Börsenrecht aufzunehmen.⁵⁷⁸ Die Regelung der Meldepflicht orientierte sich dabei weitgehend an der entsprechenden Richtlinie der EG,⁵⁷⁹ die sich ihrerseits an angloamerikanische Vorbilder anlehnte.⁵⁸⁰ BÖCKLI bezeichnete diese Meldepflicht als «fast so etwas wie einen revolutionären Akt für die Schweiz.»⁵⁸¹ Nichtsdestotrotz war das BEHG kaum umstritten.⁵⁸² Anderes galt hingegen für die Verordnungsbestimmungen betreffend die Offen-

574 BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 7 Rz. 69; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 115; SCHENKER, Übernahmerecht, 123; TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 57; vgl. WEBER, Anforderungen, 661. Umgekehrt liegt beim indirekten Erwerb ein Handeln in fremdem Interesse vor (METTIER, Offenlegung, 108; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 115).

575 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 121 N 33; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 210 und N 212; TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 57.

576 Vgl. dazu oben Rz. 14 ff.

577 KUNZ, Rundflug, 131; zur vorherigen Ordnung: DERS., Minderheitenschutz, § 3 Rz. 199 ff. sowie METTIER, Offenlegung, 10 ff.

578 KURZBEIN, Meldepflichten, Rz. 9; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 98; es handelt sich dabei um eine *lex specialis* zum Aktienrecht (KUNZ, Rundflug, 131; DERS., Wirtschaftsrecht, § 2 Rz. 382 und Rz. 396); detailliert zum Prozess: METTIER, Offenlegung, 12 ff.; KUNZ, Meldepflicht, 236 weist darauf hin, dass die Meldepflicht im internationalen Vergleich relativ spät eingeführt wurde.

579 Botschaft BEHG, 1438; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 99.

580 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 5; KUNZ, Meldepflicht, 236 geht allgemeiner von einer Anlehnung an «internationale Standards» aus.

581 BÖCKLI, Börsengesetz, 233.

582 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 64. Das Offenlegungsrecht war auch in der Vernehmlassung kaum umstritten (METTIER, Offenlegung, 18 f.).

legung, wobei der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten zu den «besonders diskutierten Kernbereichen»⁵⁸³ gehörte und erst im letzten Moment Eingang in die Verordnung fand.⁵⁸⁴

- 239 Im Lauf der Zeit gab es mehrere Revisionen des BEHG sowie der dazugehörenden Verordnungen.⁵⁸⁵ Dabei kam es zu einer Präzisierung des für diese Untersuchung relevanten indirekten Erwerbs,⁵⁸⁶ allerdings ohne Änderung der materiellen Rechtslage.⁵⁸⁷ Mit dem Inkrafttreten des FinfraG wurden die zentralen börsenrechtlichen Regelungen aus dem BEHG ins FinfraG übertragen.⁵⁸⁸ Dies geschah ohne materielle Veränderung des Offenlegungsrechts.⁵⁸⁹ Da es hinsichtlich des indirekten Erwerbs nicht zu materiellen Änderungen kam, können Rechtsprechung und Literatur zur altrechtlichen Meldepflicht grundsätzlich zur Analyse des indirekten Erwerbs beigezogen werden.

II. Zweck und Funktion

- 240 Das FinfraG bezweckt u. a. «die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit und der Transparenz der Effekten- und Derivatemärkte».⁵⁹⁰ Vor diesem Hintergrund dient die börsenrechtliche Offenlegung der «Schaffung von Transparenz hinsichtlich der tatsächlichen Beherrschungsverhältnisse einer Gesellschaft.»⁵⁹¹ Die so geschaffene Transparenz wiederum soll für funktionierende Märkte und Anlegerschutz sorgen.⁵⁹²
- 241 Nebst Anleger- und Funktionsschutz durch Transparenz hat die Meldepflicht zwei weitere Zielsetzungen. Sie fungiert einerseits als Frühwarnsystem für Übernahmen bzw. Übernahmeabsichten und andererseits dient sie der

583 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 64 ff.

584 MATTHEY, Notion, 66.

585 KURZBEIN, Meldepflichten, Rz. 19 ff.

586 Vgl. Art. 20 Abs. 2^{bis} aBEHG.

587 BGE 136 II 304 E. 7.11.

588 KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 2 Rz. 381.

589 Botschaft FinfraG, 7500 und 7582. Das gilt auch für die Bestimmungen der BEHV (HUBLI-SK FinfraG, Vor Art. 120 N 11). Art. 20 aBEHG wurde allerdings aufgeteilt (s. die Konkordanztafel in der Botschaft FinfraG, 7641). Eine zentrale Neuerung gab es mit der Einführung von Art. 120 Abs. 3 FinfraG (HUBLI-SK FinfraG, Vor Art. 120 N 7).

590 Art. 1 Abs. 2 FinfraG; diese Zweckbestimmung entspricht materiell Art. 1 aBEHG (Botschaft FinfraG, 7512 f.).

591 Botschaft FinfraG, 7582; ähnlich Botschaft BEHG, 1387 f. und 1410, jedoch ohne Hinweis auf die «tatsächlichen» Beherrschungsverhältnisse.

592 Botschaft BEHG, 1370 und 1394.

Durchsetzung der börsenrechtlichen Angebotspflicht.⁵⁹³ Damit ist die Meldepflicht auch ein Instrument des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes.⁵⁹⁴

Gerade der genannte Transparenzzweck der Meldepflicht hat in der Praxis eine wichtige Funktion. Er erlaubt nämlich, mittels einer zweckorientierten Auslegung des Offenlegungsrechts, «die Anpassung an eine sich stetig ändernde wirtschaftliche Realität.»⁵⁹⁵ «Dadurch wird anscheinend eine lückenlose dynamische Ordnung erreicht.»⁵⁹⁶ Die teleologische Auslegung hat für die börsenrechtliche Offenlegung eine besonders wichtige Stellung.⁵⁹⁷ So kam das Bundesgericht in seinem Leitentscheid⁵⁹⁸ zum indirekten Erwerb ohne grosse Umschweife direkt auf die teleologische Auslegung, um den wahren Sinn von Art. 20 aBEHG zu ermitteln.⁵⁹⁹

Innerhalb der Meldepflicht haben der indirekte Erwerb bzw. die wirtschaftliche Berechtigung eine doppelte Funktion. Es wird damit einerseits ein Teil der meldepflichtigen Personen bestimmt, denn in erster Linie ist der wirtschaftlich Berechtigte meldepflichtig.⁶⁰⁰ Andererseits bestimmt sich dadurch einer der meldepflichtigen Vorgänge, nämlich der indirekte Erwerb.⁶⁰¹ Der indirekte Erwerb als meldepflichtiger Vorgang ist nichts anderes als ein Wechsel des wirtschaftlich Berechtigten,⁶⁰² wobei dies auch auf den direkten Erwerb zutrifft.⁶⁰³

593 BGE 136 II 304 E. 7.4.; detailliert KURZBEIN, Meldepflichten, Rz. 30 ff.

594 KUNZ, Minderheitenschutz, § 10 Rz. 99; weiter gehend: DERS., Wirtschaftsrecht, § 2 Rz. 397: «Meldepflicht, die primär dem Minderheitenschutz dient» [Hervorhebung hinzugefügt].

595 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N3; s. auch SCHENKER, Übernahmerecht, 53.

596 KUNZ, Beteiligungstransparenz, 259; s. auch DERS., Implemia, 1479: «angestrebt wird im Wesentlichen eine Lückenlosigkeit» [Hervorhebung im Original].

597 SCHENKER, Übernahmerecht, 53 betreffend das Börsenrecht allgemein: «Primat des Zweckes vor dem Wortlaut» sowie bezüglich die wirtschaftliche Berechtigung im Speziellen: «Die Frage, welche Person als «ultimate beneficial owner» betrachtet wird, muss sich am Zweck der Meldepflicht orientieren» (a.a.O., 98).

598 S. dazu unten Rz. 247.

599 Vgl. BGE 136 II 304 E. 7.4.; dem folgend: BGE 137 II 371 E. 5.4. S. 379 a.A. (= Pra 2012 Nr. 3) und BGER 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.5. (= Pra 2014 Nr. 78).

600 Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA; Botschaft FinfraG, 7582. Meldepflichtig ist auch, wer die Stimmrechte nach freiem Ermessen ausüben kann (Art. 120 Abs. 3 FinfraG). Bei der Individualmeldepflicht gibt es nur diese beiden Meldepflichtsubjekte (Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 24 a.E.; dem folgend: WEBER, Anforderungen, 657).

601 Daneben gibt es noch den direkten Erwerb.

602 Vgl. SCHENKER, Übernahmerecht, 147.

603 Der Unterschied liegt darin, dass beim direkten Erwerb formale und wirtschaftliche Berechtigung in derselben Person zusammenfallen (anstelle vieler: JUTZI/SCHÄREN-

- 244 Die Zwecksetzung des Konzepts im Rahmen der Meldepflicht liegt in der Verhinderung der Meldepflichtumgehung, indem für die Meldepflicht an den wirtschaftlich Berechtigten angeknüpft wird.⁶⁰⁴ Es handelt sich dabei um einen Umgehungs-, nicht um einen Missbrauchstatbestand, denn Missbräuchlichkeit wird nicht vorausgesetzt.⁶⁰⁵

III. Subjekt

- 245 Zur Klarstellung sei hier vorausgeschickt, dass es nachfolgend nicht um das Subjekt der börsenrechtlichen Meldepflicht geht, sondern um das Subjekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung (auch wenn es dabei zu grossen Überschneidungen kommt)⁶⁰⁶.
- 246 Im Gegensatz zum FinfraG und zur BEHV-FINMA enthält Art. 10 Abs. 1 Satz 2 FinfraV-FINMA eine Legaldefinition des wirtschaftlich Berechtigten:⁶⁰⁷ «Als wirtschaftlich berechtigt gilt, wer die aus einer Beteiligung fliessenden Stimmrechte kontrolliert und das wirtschaftliche Risiko aus der Beteiligung trägt.» In Ergänzung dazu enthält Art. 11 FinfraV-FINMA eine nicht abschliessende Aufzählung indirekter Erwerbstatbestände. Damit ist aber betreffend das Subjekt noch nichts gewonnen. Art. 22 FinfraV-FINMA, der den Inhalt der Meldung regelt, impliziert in Abs. 3, dass es sich um eine «Person» handeln muss. Da diese Bestimmung formale Aspekte der Meldung regelt, können daraus keine Schlüsse auf den materiellen Gehalt der wirtschaftlichen Berech-

SK FinfraG, Art. 120 N 165 m.w.H.). Damit hat auch ein direkter Erwerb (als Änderung des formal Berechtigten) eine Änderung des wirtschaftlich Berechtigten zur Folge.

604 BVGE 2010/63 E. 7.1.; GOTSCHÉV, Aktionärsverhalten, Rz. 342 ff.; JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 110 und N 169; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 66, vgl. auch N 175; RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 104; SCHENKER, Übernahmerecht, 100; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 117; vgl. auch Botschaft FinfraG, 7583 sowie BGE 136 II 304 E. 7.5.; s. dazu auch oben Rz. 243.

605 Vgl. etwa NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 209 sowie DERS., Börsenrecht, 187, der aber trotz nicht vorausgesetzter Missbräuchlichkeit von einem Durchgriffstatbestand spricht, womit Durchgriff m.E. der falsche Begriff ist (s. dazu auch unten Rz. 853 ff., insb. Rz. 856). METTIER, Offenlegung, 90 geht ebenfalls von Durchgriff aus, ohne sich zur Frage der Missbräuchlichkeit zu äussern; betreffend Ausübung von Wandel-, Erwerbs- und Veräusserungsrechten war zunächst eine Missbrauchsklausel vorgesehen, was verworfen wurde (METTIER, Offenlegung, 146). A.M. MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 66, der von einer Missbrauchsnorm ausgeht, da sie Gesetzesumgehungen verhindert (diese Vermischung bzw. Gleichsetzung von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung ist verfehlt (vgl. dazu unten Rz. 854)).

606 S. dazu oben FN 600.

607 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 111 und N 113; vgl. WEBER, Anforderungen, 657.

tigung gezogen werden.⁶⁰⁸ Somit äussern sich weder das Gesetz noch die Verordnung zum Subjekt. Impliziert wird nur, dass es sich um eine Entität handeln muss, die Kontrolle ausüben und wirtschaftliche Risiken tragen kann.⁶⁰⁹ Ob mehrere Entitäten Subjekt sein können, ist unklar.⁶¹⁰

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Soweit ersichtlich gibt es noch keine Bundesgerichtsentscheide zur wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der Meldepflicht gemäss Art. 120 FinfraG.⁶¹¹ Es existiert jedoch ein ausführlicher Leitentscheid betreffend den indirekten Erwerb gemäss Art. 20 Abs. 1 aBEHG.⁶¹² Es handelt sich dabei um den bekannten BGE i.S. Laxey/Implenia.⁶¹³ Allerdings hat sich das Gericht darin nicht zur Frage des Subjekts geäussert. In zwei darauffolgenden Entscheiden,⁶¹⁴ die sich nur am Rande mit der Meldepflicht beschäftigen, äussert sich das Bundesgericht ebenfalls nicht dazu. Die Frage nach dem Subjekt ist also (noch) nicht höchstrichterlich geklärt.

B. Lehre

Zur börsenrechtlichen Meldepflicht gibt es eine schier unüberschaubare Menge an Literatur. Nur ein kleiner Teil davon beschäftigt sich aber vertieft mit der wirtschaftlichen Berechtigung. Deshalb wird nachfolgend auch auf ältere Literatur (zu Art. 20 aBEHG) zurückgegriffen.⁶¹⁵

608 Vgl. BGE 148 II 444 E. 5.4. ff. (= Pra 2023 Nr. 27), wonach sich die Meldepflicht gemäss Art. 120 Abs. 1 FinfraG nicht nur auf wirtschaftlich Berechtigte beziehe, womit die Verordnung im Rahmen von Art. 123 Abs. 1 FinfraG auch andere Meldepflichtige vorsehen könne. Von einer Modifikation der wirtschaftlichen Berechtigung ist im Entscheid aber nicht die Rede; diese war aber auch nicht Prozessgegenstand (vgl. dazu unten FN 611).

609 Schon die Botschaft BEHG, 1380 wies darauf hin, dass «[d]ie Umschreibung des meldepflichtigen Subjekts [...] einigen Vernehmlassern zu wenig präzise» war.

610 Es geht bei dieser Frage nicht um die Gruppenthematik. Bei einer Gruppe liegen mehrere – je an anderen Beteiligungen – wirtschaftlich Berechtigte vor und nicht mehrere Entitäten als ein wirtschaftlich Berechtigter (MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 211 f.; s. dazu auch oben Rz. 237).

611 BGE 148 II 444 (= Pra 2023 Nr. 27) befasst sich im Wesentlichen mit der Abgrenzung von Art. 120 Abs. 1 FinfraG und Art. 120 Abs. 3 FinfraG (vgl. a.a.O. E. 4.), ohne sich mit der wirtschaftlichen Berechtigung auseinanderzusetzen.

612 KUNZ, Implenia, 1476; RAMPINI/WIESER, Klarstellungen, 243; zur Relevanz altrechtlicher Entscheide s. oben Rz. 239.

613 BGE 136 II 304.

614 BGE 137 II 371 (= Pra 2012 Nr. 3) und BGER 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 (= Pra 2014 Nr. 78).

615 Zur Relevanz altrechtlicher Literatur vgl. oben Rz. 239.

249 BÖCKLI geht, leider ohne weitere Begründung, davon aus, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um eine Person handelt.⁶¹⁶ Anzumerken ist, dass er Rechtsfähigkeit des Subjekts voraussetzt, da die Subjekt-Objekt-Relation eine rechtlich durchsetzbare sein müsse.⁶¹⁷ DAENIKER setzt ebenfalls eine rechtliche Verbindung voraus,⁶¹⁸ sodass er – zumindest implizit – Rechtsfähigkeit voraussetzt. Analoges gilt für DRUEY.⁶¹⁹

250 Demgegenüber ist gemäss GOTSCHEV eine rein faktische Beziehung ausreichend.⁶²⁰ JUTZI/SCHÄREN halten mit Verweis auf die bundesgerichtliche Praxis ebenfalls fest, dass die effektive Kontrollmöglichkeit ausreichend ist, und zwar unabhängig davon, ob diese rechtlich abgesichert ist oder nicht.⁶²¹ Da diese Autoren keine detaillierten Ausführungen zum Subjekt machen, ist nur klar, dass es sich um eine Entität handeln muss, die eine solche faktische Kontrolle über die Stimmrechte ausüben kann.

251 KISTLER äussert sich ausdrücklich zum Subjekt und hält fest, dass es sich um eine natürliche oder juristische Person handeln muss.⁶²²

252 KÜNG/HUBER/KUSTER wiederum äussern sich nicht explizit zum Subjekt, setzen aber eine rechtliche Verbindung zum formal Berechtigten voraus.⁶²³ Damit setzen sie Rechtsfähigkeit voraus.

253 Gemäss KURZBEIN handelt es sich beim Subjekt um eine natürliche oder juristische Person.⁶²⁴

254 MEIER-SCHATZ äussert sich nicht zum Subjekt, setzt aber eine Rechtsbeziehung zwischen wirtschaftlich Berechtigtem und direktem Erwerber bzw. Veräusserer voraus,⁶²⁵ womit er Rechtsfähigkeit voraussetzt.

255 METTIER schreibt dagegen, dass eine natürliche oder juristische Person wirtschaftlich berechtigt sei.⁶²⁶ RÖTHLISBERGER scheint das ebenfalls so zu sehen.⁶²⁷ SCHENKER berücksichtigt augenscheinlich – ohne sich ausdrücklich

616 BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 7 Rz. 67 f.; DERS., Börsengesetz, 236 und 242.

617 BÖCKLI, Börsengesetz, 242.

618 DAENIKER, Offenlegung, 411.

619 DRUEY, Meldepflicht, 40 a.E. und 42.

620 GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 299, wobei er sich bewusst ist, dass die Lehre einhellig anderer Auffassung ist (a.a.O., Rz. 297 f.) bzw. – aus heutiger Warte – war (s. dazu unten Rz. 298 und Rz. 300).

621 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 114.

622 KISTLER, Meldepflicht, 19 und 103 f.

623 KÜNG/HUBER/KUSTER-Komm. Börsengesetz II, Art. 20 N 39.

624 KURZBEIN, Meldepflichten, Rz. 55.

625 MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 179 und N 182.

626 METTIER, Offenlegung, 89.

627 RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 103.

dazu zu äussern – ebenfalls nur natürliche und juristische Personen,⁶²⁸ auch wenn für ihn rein faktische Kontrollmöglichkeiten ausreichend sind,⁶²⁹ womit nicht rechtsfähige Entitäten in Frage kämen. Diesbezüglich belässt es dieser Autor bei der Äusserung, dass Trusts u.U. selbst meldepflichtig sein könnten,⁶³⁰ womit die Frage ungeklärt bleibt.

Für STADELMANN ist das Subjekt «jene Person [...], die tatsächlich eine Beteiligung kontrolliert und das wirtschaftliche Risiko trägt.»⁶³¹ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser «Person» fehlt, doch ist anzunehmen, dass natürliche und juristische Personen gemeint sind. 256

TSCHÄNI/GABERTHÜEL äussern sich nicht zum Subjekt. Für sie ist aber aufgrund von Art. 10 Abs. 1 Satz 2 FinfraV-FINMA massgeblich, wer letztlich die Stimmrechte kontrolliert und das wirtschaftliche Risiko trägt.⁶³² Somit müsste es sich um eine Entität handeln, die eine solche Kontrolle ausüben und ein wirtschaftliches Risiko tragen kann. Allerdings postulieren sie auch, dass ein Trust nicht meldepflichtig sein könne, da ihm die Rechtsfähigkeit fehle.⁶³³ Damit setzen sie Rechtsfähigkeit voraus. 257

WEBER/BAISCH postulieren, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um eine natürliche oder juristische Person handeln muss.⁶³⁴ 258

Vertiefte Auseinandersetzungen mit dem Subjekt fehlen in der Doktrin. Nichtsdestotrotz geht eine Mehrheit der Lehre davon aus, dass es sich jeweils um eine natürliche oder juristische Person handeln muss. 259

C. Stellungnahme

Weder in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch in der Doktrin gibt es vertiefte Auseinandersetzungen mit dem Subjekt. Die meisten Ausführungen 260

628 SCHENKER, Übernahmerecht, 98 ff.

629 SCHENKER, Übernahmerecht, 99 f.

630 SCHENKER, Übernahmerecht, 114.

631 STADELMANN-FHB Kapitalmarktrecht, Rz. 8.101 [Hervorhebung weggelassen].

632 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 23.

633 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 31 a.E. Diese Autoren verweisen dabei auf GUTZWILLER PETER MAX / SCHLEIFFER PATRICK, Offenlegung von Beteiligungen im Falle eines Trusts (Trustees) als Aktionär, GesKR 2007, 61 ff., 64, die dies ohne weiteren Beleg postulieren. M.E. überzeugt das Ergebnis, die Begründung jedoch nicht ganz. Der Trust als solcher kann nicht meldepflichtig sein, da er die Beteiligung nicht kontrollieren kann. Dies kann – je nach Ausgestaltung des Trusts – der Trustee, der Settlor oder der Beneficiary (MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 160 ff.; SCHENKER, Übernahmerecht, 114) oder evtl. der Protector. Der Umstand, dass der Trust selbst keine Kontrolle ausüben kann, ist zugegebenermassen Folge der fehlenden Rechtsfähigkeit, sodass die kritisierte obige Begründung nicht falsch, sondern verkürzt ist.

634 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 165.

beschränken sich entweder auf bloss (meist unbegründete) Feststellungen bzw. Behauptungen oder auf die Subjekt-Objekt-Relation, aus der dann die entsprechenden Schlüsse gezogen werden müssen. Letztlich bleibt die Frage aber ungeklärt.

261 M.E. ist es zunächst einmal schlüssig, nicht mehrere Entitäten als Subjekte zuzulassen. Dies ergibt sich entweder ausdrücklich aus den obigen Ausführungen oder implizit aus der vorausgesetzten letztverbindlichen Kontrolle bzw. Kontrollmöglichkeit, die konsequenterweise nicht von einer anderen Entität abhängig sein kann.⁶³⁵ Des Weiteren sind nicht rechtsfähige Entitäten auszuschliessen. Steht hinter einer solchen eine einzelne Person, erfolgt eine Individualmeldung dieser Person. Steht dahinter eine Personenmehrheit, hat gegebenenfalls eine Gruppenmeldung zu erfolgen.

262 Somit kommen alle rechtsfähigen Entitäten als Subjekt in Frage, also sowohl natürliche wie auch juristische Personen.⁶³⁶

IV. Objekt

263 Gemäss klarer gesetzlicher Anordnung sind «*Aktien oder Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien* einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind, oder einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert sind»⁶³⁷, d.h. die meldepflichtigen Titel, die Objekte.⁶³⁸

635 Anders die Empfehlung 0394/01 der UEK i.S. Orascom Development Holding AG vom 3. Dezember 2008 E. 5f. (bezüglich der Angebotspflicht): «Vielmehr sachgerecht ist die Annahme, dass im Konzernverhältnis eine wirtschaftliche Berechtigung von qualitativ unterschiedlicher Art sowohl durch die Tochtergesellschaft direkt als auch durch die Muttergesellschaft indirekt erworben wird.» Die UEK führt hier ohne Begründung zwei Arten wirtschaftlicher Berechtigung ein, und zwar eine direkte sowie eine indirekte. Die UEK selbst deutet an, dass hier der Wunsch Vater des Gedankens war, da ein anderer Entscheid «zu unerwünschten Resultaten führen» könnte. Dieser Entscheid ist m.E. verfehlt (kritisch auch HOFSTETTER/SCHILTER-HEUBERGER/BRÖNNIMANN-BSK FinfraG, Art. 135 N 37 m.w.H.).

636 Somit fallen etwa KIG und KmG als nicht rechtsfähige (PESTALOZZI/VOGT-BSK OR II, Art. 562 N 1 sowie a.a.O., Art. 602 N 1) Entitäten ausser Betracht. Diese müssten entsprechend als vertragliche Verbindung eine Gruppenmeldung machen. Anders sähe es nur aus, wenn ein Gesellschafter die anderen kontrollieren könnte, wobei der betreffende Gesellschafter eine Individualmeldung als wirtschaftlich Berechtigter machen müsste.

637 Art. 120 Abs. 1 FinfraG [Hervorhebung hinzugefügt].

638 Entsprechend zu weit gefasst ist Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA, der Beteiligungspapiere nennt (JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 60).

Auf die technischen Details, wie insb. die Fragen der Sitzbestimmung und Kotierung, wird hier nicht weiter eingegangen, da sie für die wirtschaftliche Berechtigung aus konzeptueller Sicht nicht relevant sind. 264

In aller Kürze sollen aber noch die wichtigsten Änderungen und Entwicklungen betreffend das Objekt nachgezeichnet werden. In der ersten in Kraft gesetzten Fassung des BEHG ging es um «Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise zum Handel an einer Börse in der Schweiz zugelassen sind»,⁶³⁹ wobei die «Ausübung von Wandel- oder Erwerbsrechten» als Erwerbstatbestand galt.⁶⁴⁰ Art. 13 BEHV-EBK 97 unterstellte zudem Erwerb, Veräusserung sowie das Schreiben gewisser Rechte der Meldepflicht. Dies wiederum impliziert, dass es sich bei diesen Rechten um Objekte und nicht Erwerbstatbestände handelte. Im Jahr 2007 wurden dann «Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien» als Objekte⁶⁴¹ in Art. 20 Abs. 1 aBEHG aufgenommen (was der heutigen Regelung entspricht)⁶⁴² sowie Art. 20 Abs. 2^{bis} aBEHG eingefügt, der «Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere [...] zu erwerben» als indirekten Erwerb erfasste (was nun von Art. 120 Abs. 5 FinfraG erfasst wird)^{643, 644} Inwiefern diese Änderungen jeweils die materielle Rechtslage modifizierten, ist nicht leicht nachzuvollziehen.⁶⁴⁵ Somit kann die ältere Rechtsprechung und Literatur für die nachfolgende Analyse nicht ohne Weiteres beigezogen werden.

Nicht nur in diesem historischen Kurzabriss, sondern auch bei einer ersten kurzen Betrachtung von Art. 120 FinfraG deuten sich Spannungen bzw. Abgrenzungsschwierigkeiten an zwischen Objekt und indirektem Erwerb (und damit der Subjekt-Objekt-Relation). So sind etwa Erwerbs- und Veräusserungsrechte gemäss Art. 120 Abs. 1 FinfraG meldepflichtige Titel und damit Objekte, die Ausübung eines solchen Rechts gilt gemäss Art. 120 Abs. 4 lit. e 266

639 Art. 20 Abs. 1 aBEHG.

640 Art. 20 Abs. 2 aBEHG.

641 Vgl. JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 68.

642 Vgl. Art. 120 Abs. 1 FinfraG.

643 Botschaft FinfraG, 7583.

644 AS2007 5291f., 5291f.; s. auch JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 68 ff. sowie WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 83 ff.

645 So wurden die beschriebenen Änderungen von Art. 20 Abs. 1 aBEHG sowie Art. 20 Abs. 2^{bis} aBEHG (s. dazu oben ad FN 644) ohne Vernehmlassung und Botschaft (WEBER, Meldepflichten, 774; KUNZ, Stimmrechtssuspendierungsklage, 285) und hastig (vgl. BGE 137 II 371 E. 5.2. a.E. (= Pra 2012 Nr. 3)) erlassen; entsprechend kritisch: KUNZ, Stimmrechtssuspendierungsklage, 283; DERS., Meldepflicht, 240 f. Betreffend Art. 20 Abs. 2^{bis} aBEHG hielt das Bundesgericht später fest, dass diese Bestimmung keine materielle Änderung mit sich brachte (BGE 136 II 304 E. 7.11.).

FinfraG als Erwerbstatbestand und gemäss Art. 120 Abs. 5 FinfraG gelten «Vorgänge, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können» – namentlich Cash-Settlement-Optionen –,⁶⁴⁶ als indirekter Erwerb. Darauf wird zurückzukommen sein, wobei in konzeptueller Hinsicht weniger die (finanz-)technischen Details der jeweiligen Instrumente interessieren,⁶⁴⁷ sondern vielmehr die Abgrenzung zwischen Objekt und Subjekt-Objekt-Relation.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 267 Wie erwähnt, gibt es noch keine höchstrichterliche Praxis zur wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der Offenlegungspflicht gemäss Art. 120 FinfraG.⁶⁴⁸ Soweit ersichtlich gibt es auch keine bundesgerichtliche Entscheidung betreffend meldepflichtige Titel – d.h. das Objekt – gemäss altem Recht.⁶⁴⁹ Die Details sind also höchstrichterlich nicht geklärt.

B. Lehre

- 268 Wie erwähnt, kann zur Untersuchung des Objekts die ältere Literatur nicht ohne Weiteres herangezogen werden.⁶⁵⁰ Deshalb wird nachfolgend nur die Literatur zur Meldepflicht gemäss Art. 120 FinfraG analysiert.⁶⁵¹
- 269 Gemäss JUTZI/SCHÄREN sind «Aktien sowie einzelne, den Aktien gleichgestellte Tatbestände» meldepflichtige Titel.⁶⁵² Letztere Kategorie umfasse diverse Finanzinstrumente, die geeignet sind, Veränderungen der Stimmrechtsverhältnisse vorwegzunehmen.⁶⁵³ Sie umfasse sämtliche Beteiligungsderivate mit Realerfüllung⁶⁵⁴ sowie «sämtliche vertraglichen Vereinbarungen [...], bei denen die Zahlungsströme von der Kursentwicklung von Aktien

646 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 68.

647 S. dazu etwa die Mitteilung der OLS II/13 vom 3. Dezember 2013.

648 S. dazu oben Rz. 247.

649 BGE136II304 setzt sich zwar mit Finanzinstrumenten (contracts for difference) bezüglich Aktien auseinander, doch ging es um die Frage, ob es sich dabei um einen indirekten Erwerb handelte (a.a.O. E. 7.1. f.).

650 S. dazu oben Rz. 265.

651 Es ist nicht Zweck dieser Untersuchung, die legislativen Entwicklungen in diesem Bereich detailliert nachzuzeichnen. Hinweise betreffend die Entwicklung bei den Beteiligungsderivaten finden sich etwa bei JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 68 ff. sowie bei WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 82 ff.

652 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 57.

653 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 59.

654 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 73; vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. a und b FinfraV-FINMA.

abhängig gemacht wird», sofern diese Aktien als solche der Meldepflicht unterliegen.⁶⁵⁵ Zu guter Letzt gebe es noch einen Auffangtatbestand, der noch nicht bekannte Derivate erfasst, die im Ergebnis das Stimmrecht vermitteln können.⁶⁵⁶ Interessanterweise erfasst dieser Auffangtatbestand diese Finanzinstrumente nicht als meldepflichtige Titel, d.h. nicht als Objekte, sondern – gemäss klarer gesetzlicher Anordnung – als indirekten Erwerb.⁶⁵⁷

STADELMANN nennt als Objekte Aktien sowie Beteiligungsderivate mit Realerfüllung oder Barausgleich.⁶⁵⁸ 270

TSCHÄNI/GABERTHÜEL nennen ebenfalls Aktien und Beteiligungsderivate als Objekte.⁶⁵⁹ Die Beteiligungsderivate umfassten sowohl solche mit Realerfüllung als auch solche mit Barausgleich.⁶⁶⁰ Erstere umfassten alle Beteiligungsderivate, die «dem Berechtigten ein Recht auf Bezug des unterliegenden Beteiligungspapiers einräum[en]». ⁶⁶¹ Diese Autoren weisen darauf hin, dass die FinfraV-FINMA «bewusst keinen abschliessenden Katalog der offenkundigspflichtigen Beteiligungsderivate» enthält.⁶⁶² Noch nicht erfasste Finanzinstrumente würden möglicherweise von Art. 120 Abs. 5 FinfraG erfasst.⁶⁶³ 271

WEBER/BAISCH nennen Aktien sowie Beteiligungsderivate als meldepflichtige Titel.⁶⁶⁴ Die Beteiligungsderivate umfassten dabei solche mit Realerfüllung wie auch solche mit Barausgleich.⁶⁶⁵ Diese Autoren erfassen dabei die Beteiligungsderivate mit Barausgleich direkt unter der Ausnahmebestimmung von Art. 120 Abs. 5 FinfraG und nicht unter Art. 15 Abs. 2 lit. c FinfraV-FINMA. Dies ist insofern interessant, als Art. 120 Abs. 5 FinfraG die erfassten Sachverhalte als indirekten Erwerb und nicht als meldepflichtige Titel qualifiziert.⁶⁶⁶ Auf jeden Fall mahnen diese Autoren aufgrund der Offenheit der 272

655 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 74; vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. c FinfraV-FINMA.

656 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 79 und N 175 f.; Zweck dieser Bestimmung ist die Erfassung allfälliger Umgehungsgeschäfte (a.a.O., Art. 120 N 175); vgl. Art. 120 Abs. 5 FinfraG.

657 Art. 120 Abs. 5 FinfraG.

658 STADELMANN-FHB Kapitalmarktrecht, Rz. 8.36 ff.

659 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 18.

660 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 19.

661 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 19 FN 58; eine Präzisierung betreffend Beteiligungsderivate mit Barausgleich erfolgt nicht.

662 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 20.

663 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 20.

664 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 76 ff. und N 87 ff.

665 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 87 ff.

666 Unter altem Recht wurden Beteiligungsderivate mit Barausgleich ebenfalls als indirekter Erwerbstatbestand erfasst (RYSER/WEBER, Aktienderivate, 118). Allgemein zur

Regelung zur Vorsicht. Sollte im Nachhinein, auch ohne entsprechende rechtliche Verpflichtung, eine Realerfüllung erfolgen, bestehe das Risiko, dass das Finanzinstrument unter die Meldepflicht falle.⁶⁶⁷

273 Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung sind also gemäss Doktrin Aktien sowie Beteiligungsderivate. Die Abgrenzung zwischen Objekt und Erwerbsstatbeständen ist dabei nicht immer eindeutig und nachvollziehbar.

C. Stellungnahme

274 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Aktien und Beteiligungsderivate die Objekte sind. Das Gesetz zielt aber letztlich – durch diese Instrumente hindurch – auf die Stimmrechte und damit die Kontrollmöglichkeit.⁶⁶⁸ Entsprechend sind Aktien das primäre Objekt⁶⁶⁹ und die Erfassung der Derivate lediglich – gewissermassen der Vollständigkeit halber – die logische Folge davon.

275 Das ist grundsätzlich nachvollziehbar und deckt sich mit dem Gesetzeswortlaut⁶⁷⁰. Die Offenheit einiger Aspekte dieser Regelung – insb. hinsichtlich der hier nicht näher untersuchten Beteiligungsderivate – führt zu Raum für Auslegung(-sschwierigkeiten). Diese Offenheit ist allerdings nicht weiter zu kritisieren. Es ist kaum voraussehbar, was der Finanzmarkt inskünftig an Produkten entwerfen wird, sodass eine abschliessende Normierung bei gleichzeitig wirkungsvoller Meldepflicht kaum möglich ist.⁶⁷¹

276 Zu kritisieren ist die teilweise vorkommende Vermischung dieser Regelung betreffend Beteiligungsderivate als Objekte mit dem seinerseits schon offenen Konzept des indirekten Erwerbs. Gemäss Art. 120 Abs. 1 FinfraG sind «Erwerbs- oder Veräusserungsrechte» als Objekte erfasst. Demgegenüber sind gemäss Art. 120 Abs. 5 FinfraG «Vorgänge, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können», als indirekter Erwerb

starken Ausdehnung des Begriffs des indirekten Erwerbs: SCHENKER, *Entwicklung* 384 f. Später kam es zu Einschränkungen und damit Entlastungen des indirekten Erwerbsbegriffs (RYSER/WEBER, *Aktienderivate*, 119; SCHENKER, *Entwicklung*, 385 f.).

667 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 92.

668 Vgl. SCHENKER, *Meldepflicht*, 255; DERS., *Übernahmerecht*, 149.

669 SCHENKER, *Übernahmerecht*, 71.

670 Art. 120 FinfraG i.V.m. Art. 10 ff. FinfraV-FINMA.

671 BGE 136 II 304 E. 7.5.; BGE 148 II 444 E. 5.5.1. (= Pra 2023 Nr. 27); SCHENKER, *Meldepflicht*, 255; DERS., *Übernahmerecht*, 74; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 92. In diesem Bewusstsein der Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 29: «Heute noch nicht bekannte Beteiligungsderivate werden zukünftig gestützt auf Art. 120 Abs. 5 FinfraG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 [FinfraV-FINMA] meldepflichtig.»

zu sehen. Dass der Erwerb gewisser Optionen hierunter fällt,⁶⁷² ist widersprüchlich.⁶⁷³ Im Ergebnis gilt also, was folgt. Der Erwerb oder die Veräußerung von Erwerbs- oder Veräußerungsrechten kann direkt oder indirekt erfolgen (Art. 120 Abs. 1 FinfraG). Demgegenüber gilt der – wie auch immer geartete – Erwerb oder die Veräußerung mancher Beteiligungsderivate als indirekter Erwerb (Art. 120 Abs. 5 FinfraG i.V.m. Art. 15 FinfraV-FINMA); aus dieser Regelung geht nicht hervor, was in diesem Fall das – gedanklich notwendigerweise vorhandene – Objekt ist. M.E. kann es sich dabei nur um die mit dem Beteiligungsderivat «anvisierten» Aktien handeln.⁶⁷⁴

Aus konzeptueller Sicht ist diese Unklarheit zu bedauern. Sie macht die ohnehin schwierige Auslegung bzw. Erfassung der Beteiligungsderivate sowie des indirekten Erwerbs noch komplexer. In der Praxis dürfte jedoch v.a. relevant sein, ob ein bestimmter Sachverhalt meldepflichtig ist oder nicht. Ob die Meldepflicht im Einzelfall besteht, weil ein indirekter Erwerbstatbestand gegeben ist oder es sich um Erwerb oder Veräußerung eines gesetzlich vorgesehenen Objekts handelt, ist für die Belange der Praxis irrelevant.⁶⁷⁵ Entsprechend ist kaum mit einer Klärung dieser Frage zu rechnen. Ein Lösungsansatz wäre, Art. 120 Abs. 5 FinfraG als gesetzliche Fiktion zu betrachten. Die Norm ordnet nämlich an, dass bestimmte Sachverhalte als indirekter Erwerb gelten. Das wäre zugegebenermassen nicht allzu elegant, würde aber die Spannungen mit dem Konzept des indirekten Erwerbs lösen.⁶⁷⁶

672 Vgl. Botschaft FinfraG, 7583; Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 29; WEBER/BAISCHBSK FinfraG, Art. 120 N 90.

673 Vermutungsweise wird das daher kommen, dass Beteiligungsderivate mit Barausgleich unter früherem Recht als indirekter Erwerb erfasst wurden (s. dazu oben FN 666). Mit guten Gründen kritisch zu dieser Erfassung: RYSER/WEBER, *Aktienderivate*, 118 ff.

674 Vgl. SCHENKER, *Entwicklung*, 386 a.A.

675 Nichtsdestotrotz gab es Kritik an der Erfassung von Beteiligungsderivaten mit Barausgleich unter dem Begriff des indirekten Erwerbs, da dies nicht dem Konzept des indirekten Erwerbs entspreche (SCHENKER, *Meldepflicht*, 273 a.E.; DERS., *Übernahmerecht*, 88). Diese Kritik zielte aber darauf, die umfassende Erfassung sämtlicher Beteiligungsderivate mit Barausgleich zu beanstanden, und nicht in erster Linie, die konzeptuelle Schwäche der Einordnung als indirekten Erwerb zu bemängeln (vgl. SCHENKER, *Meldepflicht*, 271 ff.; DERS., *Übernahmerecht*, 86 ff.).

676 Man müsste sich dann die Frage gefallen lassen, ob es sich bei der Legaldefinition des wirtschaftlich Berechtigten in Art. 10 Abs. 1 Satz 2 FinfraV-FINMA ebenfalls um eine bloße Fiktion handelt (s. dazu unten FN 677).

V. Subjekt-Objekt-Relation

- 278 Art. 10 Abs. 1 Satz 2 FinfraV-FINMA enthält eine Legaldefinition,⁶⁷⁷ die festhält, dass «[a]ls wirtschaftlich berechtigt gilt, wer die aus einer Beteiligung fließenden Stimmrechte kontrolliert und das wirtschaftliche Risiko aus der Beteiligung trägt.» Damit besteht die Subjekt-Objekt-Relation aus einem Kontrollelement und einem Risikotragungselement, d.h. einem wirtschaftlichen Element. Hinsichtlich der Kontrolle erwähnt die Botschaft FinfraG, dass gemäss Rechtsprechung nicht bloss rechtliche, sondern auch «tatsächliche Umstände die Möglichkeit der Stimmrechtskontrolle mit sich bringen können».⁶⁷⁸
- 279 Art. 11 FinfraV-FINMA enthält des Weiteren eine nicht abschliessende Aufzählung diverser indirekter Erwerbs- bzw. Veräusserungstatbestände.⁶⁷⁹ Beispielhaft genannt werden dabei Erwerb und Veräusserung mittels Treuhand (lit. a), durch eine beherrschte juristische Person (lit. b) sowie Erwerb oder Veräusserung einer Beteiligung, die ihrerseits die Beherrschung einer juristischen Person vermittelt, die wiederum (evtl. indirekt) Beteiligungspapiere hält (lit. c).

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 280 In seinem Leitentscheid⁶⁸⁰ zum indirekten Erwerb führte das Bundesgericht zunächst aus, dass ein gemeinsamer Erwerb in Absprache mit Dritten vorliege, «wenn der gemeinsame Erwerb der Aktien die Beherrschung objektiv ermöglicht und aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche auch angestrebt wird [...]. In Analogie dazu schliesst der vom Gesetz separat erfasste «indirekte Erwerb» alles geschäftliche Handeln ein, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung trotz Auseinanderfallens der wirtschaftlichen und formalen Berechtigung objektiv ermöglicht bzw. das im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln kann, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche Beteiligung auch angestrebt wird. Ausschlaggebend ist mit hin ein faktisches und nicht ein juristisches Kriterium».⁶⁸¹ Blossie «Planung

677 S. dazu auch oben Rz. 246. Verunglückt ist die Formulierung, dass, wer diese Voraussetzungen erfüllt, als wirtschaftlich Berechtigter *gilt*. Diese Formulierung deutet nämlich auf eine Fiktion hin (vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 372).

678 Botschaft FinfraG, 7582; verwiesen wird auch auf BGE136II 304 (s. dazu unten Rz. 280).

679 Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 26.

680 S. dazu oben FN 612.

681 BGE136II 304 E. 7.7.

bzw. [...] noch nicht umgesetzte[...] Intentionen» sind dabei nicht ausreichend, sondern es muss «zu einem aktiven Verhalten übergegangen worden sein.»⁶⁸²

Diese umfangreiche bundesgerichtliche Definition des indirekten Erwerbs ist nicht auf Anhieb verständlich. Zum einen, weil sie auf das Ergebnis des Vorganges und nicht den Vorgang selbst abstellt, obwohl sie einen Vorgang – den indirekten Erwerb – definiert;⁶⁸³ zum anderen, weil sie ein zirkuläres Element aufweist. Der indirekte Erwerb, der hier definiert werden soll und der selbst auf die wirtschaftliche Berechtigung verweist,⁶⁸⁴ wird unter Zuhilfenahme der wirtschaftlichen Berechtigung definiert.

Der Blick auf die vom Bundesgericht am Anfang seiner Definition genannte Analogiebasis⁶⁸⁵ erhellt, dass der indirekte Erwerb zwei kumulativ zu erfüllende Elemente aufweist. Es bedarf (i) einer objektiven faktischen Beherrschungsmöglichkeit hinsichtlich des Stimmrechts, das die Beteiligung vermittelt, und (ii) einer subjektiven Beherrschungsabsicht, die aufgrund objektiver Indizien zu prüfen ist.

Später hat das Bundesgericht nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht zivilrechtliche Beziehungen massgeblich seien,⁶⁸⁶ sondern die wirtschaftliche Situation. Ausserdem sei der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten im Börsenrecht autonom auszulegen.⁶⁸⁷

B. Lehre

In der Lehre gibt es eine Vielzahl von Auseinandersetzungen mit dem indirekten Erwerb, namentlich in der älteren Lehre, die hier ebenfalls beigezogen werden kann.⁶⁸⁸

Mit Blick auf den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten hält BÖCKLI fest, «dass das Band vom formell Berechtigten zu der hinter ihm stehenden, wirtschaftlich die Verfügungsmacht ausübenden Person sich auf ein rechtlich

682 BGE 136 II 304 E. 7.7.

683 Dies ist lediglich eine Feststellung, nicht eine Kritik. Das Abstellen auf das Ergebnis hat seine Richtigkeit, da es auf den konkreten Vorgang nicht ankommen kann (BÖCKLI, Börsengesetz, 236; ähnlich GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 345 m.w.H. sowie DRUEY, Meldepflicht, 40).

684 S. dazu oben Rz. 233.

685 BGE 136 II 304 E. 7.7. verweist auf BGE 130 II 530 E. 6., der sich mit der Gruppenthematik befasst (s. dazu auch unten Rz. 301). Das Bundesgericht setzt so die Gruppe in Analogie zum indirekten Erwerb (DEDEYAN, Unternehmenskommunikation, 1031).

686 Zudem seien die Begriffe des direkten und indirekten Erwerbs nicht mit der direkten und indirekten Stellvertretung i.S.d. Zivilrechts zu vergleichen (BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 5.2. (= Pra 2014 Nr. 78)).

687 BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 5.2. (= Pra 2014 Nr. 78).

688 S. dazu oben Rz. 239.

durchsetzbares Rechtsverhältnis stützen muss.»⁶⁸⁹ Eine blosser Minderheitsbeteiligung soll nicht ausreichend sein.⁶⁹⁰ Daraus ist zu schliessen, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht gemäss BÖCKLI nicht nur rechtlich abgesichert sein muss, sondern dass diese – rechtlich gesicherte – Verfügungsmacht absolut⁶⁹¹ sein muss. Zudem ist festzuhalten, dass BÖCKLI einen intersubjektiven Ansatz postuliert. Einen ähnlichen, jedoch nicht intersubjektiven Ansatz hat DAENIKER, der «zwingend eine *rechtliche Bindung* und kumulativ die *tatsächliche Möglichkeit*, Aktien an sich zu ziehen», voraussetzt.⁶⁹²

286 Gemäss DRUEY ergibt sich aus dem Wort «indirekt», dass ein faktisches Kriterium massgeblich sei. Daraus entstünde das «Problem der Grenzenlosigkeit, der unbeschränkten Relevanz», das «*limitativ* und durch *formelle Kriterien*» gelöst werden müsse.⁶⁹³ Dieses Postulat erfüllt DRUEY, indem er «rein faktische Beziehungen, [sowie] auch Rechtsverhältnisse, welche nicht ihrer Natur nach die Beherrschung jetzt oder künftig (Optionen) beinhalten», als nicht ausreichend ausschliesst.⁶⁹⁴ Übrig bleiben Rechtsverhältnisse, die eine Beherrschung faktisch ermöglichen, wie etwa Treuhand oder Nutznie-
287 sungs,⁶⁹⁵ nicht aber eine blosser Minderheitsbeteiligung.⁶⁹⁶

GOTSCHEV hält fest, dass diejenige Person wirtschaftlich berechtigt ist, «die auf Grund ihrer faktischen oder rechtlichen Beziehung zum formellen Aktionär nach freiem Ermessen über die Ausübung der Stimmrechte bestimmen kann.»⁶⁹⁷ Damit vertritt GOTSCHEV einen intersubjektiven Ansatz.

288 JUTZI/SCHÄREN halten mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung fest, dass «die *effektive Kontrollmöglichkeit* über die Stimmrechte ausschlaggebend» ist. Diese Kontrollmöglichkeit brauche nicht rechtlich abgesichert zu sein, sondern könne auch bloss tatsächlich bestehen. Wie der Begriff der Kontrollmöglichkeit insinuiere, brauche die Kontrolle nicht ausgeübt zu werden. Sie müsse bloss objektiv möglich sein.⁶⁹⁸

689 BÖCKLI, Börsengesetz, 242; ähnlich a.a.O., 237: «juristisch durchsetzbare Machtverbindung [...], nicht bloss eine faktische Einflussmöglichkeit».

690 BÖCKLI, Börsengesetz, 237.

691 Absolut meint in diesem Zusammenhang, dass die Verfügungsmacht losgelöst von anderen Einflüssen Bestand hat. D.h., sie kann (auch potenziell) nicht übersteuert werden, wie dies etwa bei einer Minderheitsbeteiligung möglich wäre, auch wenn sie das relative Mehr repräsentiert.

692 DAENIKER, Offenlegung, 411 [Hervorhebung im Original].

693 DRUEY, Meldepflicht, 40 [Hervorhebung im Original].

694 DRUEY, Meldepflicht, 42.

695 DRUEY, Meldepflicht, 42; genannt werden ebd. noch Beteiligungs-, Leih- sowie Optionsverhältnisse.

696 DRUEY, Meldepflicht, 40; a.M. OLS, III/00, 2f.

697 GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 299.

698 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 114 [Hervorhebung im Original].

KISTLER setzt eine «materielle Aktionärsstellung an den Beteiligungspapieren aufgrund eines konkreten Rechtsverhältnisses» voraus.⁶⁹⁹ Was diese materielle Aktionärsstellung ausmacht, bleibt offen.⁷⁰⁰

Für KÜNG/HUBER/KUSTER «ist einzig entscheidend, ob der wirtschaftlich Berechtigte aufgrund der rechtlichen Beziehungen zwischen ihm und dem nominellen Halter der Beteiligung in der Lage ist, seinen Einfluss auf die Handhabung der Beteiligung ausüben zu können, indem er den Zeitpunkt der Handänderungen oder die Ausübung der Stimmrechte massgebend bestimmen kann.»⁷⁰¹ Damit postulieren diese Autoren einen intersubjektiven Ansatz.

Nach KURZBEIN ist «auf die *effektive Kontrollmöglichkeit über die Stimmrechte* abzustellen». Dabei sei irrelevant, wem die Vermögensrechte aus der Beteiligung zufließen.⁷⁰²

Für MEIER-SCHATZ lässt sich die massgebliche Relation in einen Beziehungs- und einen Kontrollaspekt aufgliedern. Ersteres setze ein rechtliches Band «zwischen dem direkten Erwerber oder Veräusserer und seinem Transaktionspartner» voraus. Es geht also um ein intersubjektives Verhältnis. Aus diesem müsse sich, als zweites Element, «eine faktisch oder rechtlich durchsetzbare Kontrollmöglichkeit über die (aktuellen oder potentiellen) Stimmrechte» ergeben.⁷⁰³

Gemäss der Definition von METTIER bedarf es «eines bestimmten Rechtsverhältnisses» mittels welchem «letztlich die Ausübung des Stimmrechts» beeinflusst werden kann.⁷⁰⁴

RÖTHLISBERGER definiert die Relation nicht, sondern beschränkt sich darauf, den «materiellen Aktionär» bzw. den «wirtschaftlichen Eigentümer» – damit ist der wirtschaftlich Berechtigte gemeint – dem «formellen Aktionär» bzw. dem «juristisch Berechtigten» gegenüberzustellen.⁷⁰⁵

Nach SCHENKER muss diejenige Person als wirtschaftlich berechtigte betrachtet werden, «welche die Stimmrechte an den betreffenden Beteiligungs-

699 KISTLER, Meldepflicht, 19.

700 Erwähnt wird nur, dass sie mit der formellen Aktionärsstellung zusammenfallen kann (KISTLER, Meldepflicht, 19 und 99). Des Weiteren folgt eine kurze Auseinandersetzung mit typischen Anwendungsfällen, wobei es dabei v.a. um die gesetzlich genannten Konstellationen geht (Art. 9 Abs. 3 BEHV-EBK 97; entspricht dem heutigen Art. 11 FinfraV-FINMA (Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 26)).

701 KÜNG/HUBER/KUSTER-Komm. Börsengesetz II, Art. 20 N 39.

702 KURZBEIN, Meldepflichten, Rz. 60 [Hervorhebung im Original].

703 MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 182. Dieser Autor ist der Ansicht, dass eine präzisere Definition kaum möglich sei und dass die generalklauselartige Formel im Einzelfall konkretisiert werden könne und müsse (ebd.).

704 METTIER, Offenlegung, 89.

705 RÖTHLISBERGER, Offenlegung, 105 ff.

papieren im eigenen Interesse ausüben oder über deren Ausübung im eigenen Interesse bestimmen kann.»⁷⁰⁶ Massgeblich seien dabei «allein die faktischen Verhältnisse».⁷⁰⁷ Zudem brauche die Beherrschung nicht wirklich ausgeübt zu werden. Ausreichend sei die objektive Beherrschungsmöglichkeit.⁷⁰⁸

296 STADELMANN setzt kumulativ die tatsächliche Kontrolle über die Beteiligung sowie die Tragung des wirtschaftlichen Risikos derselben voraus, wobei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise notwendig sei.⁷⁰⁹

297 TSCHÄNI/GABERTHÜEL halten sich strikt an die Legaldefinition der FinfraV-FINMA⁷¹⁰.⁷¹¹ WEBER/BAISCH verweisen sowohl auf die Legal-⁷¹² wie auf die bundesgerichtliche⁷¹³ Definition,⁷¹⁴ ohne sich mit dem Verhältnis dieser beiden Definitionen auseinanderzusetzen. Damit bleibt insb. offen, ob sie das vom Bundesgericht postulierte subjektive Element gutheissen.

298 Wie gezeigt, gibt es in der Lehre eine Vielzahl verschiedener Ansichten zur Subjekt-Objekt-Relation. Im Kern herrscht Einigkeit, dass es um eine Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Stimmrechte geht. Ob diese Kontrollmöglichkeit unmittelbar oder mittelbar durch ein Rechtssubjekt – d.h. intersubjektiv – bestehen muss, ist im Ergebnis irrelevant.⁷¹⁵ Ein subjektives Element, wie dies das Bundesgericht postuliert, hat sich in der Lehre nicht durchgesetzt.⁷¹⁶ Einzig bezüglich der Frage nach der Massgeblichkeit rein faktischer Kontrollmöglichkeiten herrscht keine Einigkeit. Allerdings lässt sich eine Entwicklung feststellen. Die ältere Lehre will die Kontrollmöglichkeit an rechtlich gesicherten Beziehungen festmachen, während die neuere Lehre faktische Kontrollmöglichkeiten genügen lässt.⁷¹⁷ Betreffend das neue Element der Risikotragung⁷¹⁸ gibt es kaum vertiefte Auseinandersetzungen, sodass dessen Gehalt und Relation zum Kontrollelement unklar ist.

706 SCHENKER, Übernahmerecht, 98; ähnlich a.a.O., 146, wonach die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Stimmen entscheidend sei.

707 SCHENKER, Übernahmerecht, 99.

708 SCHENKER, Übernahmerecht, 113.

709 STADELMANN-FHB Kapitalmarktrecht, Rz. 8.101.

710 S. dazu oben Rz. 278.

711 TSCHÄNI/GABERTHÜEL-SGHB Finanzmarktrecht I, § 23 N 23.

712 S. dazu oben Rz. 278.

713 S. dazu oben Rz. 280 ff.

714 WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 178 f.

715 S. dazu unten Rz. 305.

716 S. dazu unten Rz. 301.

717 Vgl. WEBER, Anforderungen, 658.

718 S. dazu oben Rz. 278.

C. Stellungnahme

Bundesgericht und (neuere) Lehre sind sich einig, dass die Subjekt-Objekt-Relation in einer objektiven faktischen Beherrschungsmöglichkeit hinsichtlich des Stimmrechts besteht.⁷¹⁹ Aus dieser Definition erhellt auch, dass beim direkten Erwerb der direkte Erwerber der wirtschaftliche Berechtigte ist,⁷²⁰ also Personalunion zwischen dem formell und dem wirtschaftlich Berechtigten besteht.⁷²¹

Die Ansicht der älteren Lehre, dass die Subjekt-Objekt-Relation sich auf eine rechtliche Beziehung stützen muss, ist mit Blick auf die Zwecksetzung der Norm nicht überzeugend. Das Abstellen auf solche formellen⁷²² Kriterien eröffnet Umgehungsmöglichkeiten, die durch das offene Normkonzept gerade verhindert werden sollen.⁷²³ Die Entwicklung hin zur Erfassung bloss tatsächlicher Kontrollmöglichkeiten durch Öffnung des Konzepts ist entsprechend zu begrüssen.

Auch das vom Bundesgericht postulierte, von der Lehre nicht übernommene, subjektive Element der Beherrschungsabsicht überzeugt nicht.⁷²⁴ Das Bundesgericht hat dieses Element mit Verweis auf den Entscheid i.S. Quadrant per analogiam eingeführt.⁷²⁵ Das Gericht hat aber in diesem Entscheid selbst darauf hingewiesen, dass dieses Kriterium nur im Rahmen der Angebotspflicht (einer Gruppe) zum Tragen kommt und nicht im Offenlegungsrecht.⁷²⁶ Die bundesgerichtliche Analogie ist also – auch nach bundesge-

719 Letztlich wird damit die Beherrschung als solche zum Tatbestandsmerkmal erhoben (DRUEY, Meldepflicht, 40; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 122).

720 Unpräzise ist diesbezüglich die Verfügung 432/01 der UEK i.S. Implemia AG vom 4. November 2009 E. 3, worin festgehalten wird, dass die wirtschaftliche Berechtigung beim direkten Erwerb irrelevant sei. Dies ist im Ergebnis richtig, aber insofern nicht präzise, als der direkte Erwerb erst feststeht, wenn klar ist, dass nicht «hinter» bzw. «über» dem direkten Erwerber jemand anderes Kontrolle ausüben kann, der direkte Erwerber also der wirtschaftlich Berechtigte ist.

721 S. dazu oben FN 602 und FN 700.

722 So ausdrücklich DRUEY (s. oben Rz. 286).

723 S. dazu oben Rz. 244.

724 Ebenso, jedoch mit anderer Begründung: KUNZ, Implemia, 1479 f., der ausführt, das Bundesgericht sei bei einem «dogmatischen Dreifach-Salto ohne Netz» abgestürzt; a.M. RAMPINI/WIESER, Klarstellungen, 245, die das subjektive Element als «notwendige und sinnvolle Massnahme» zur Eingrenzung des indirekten Erwerbs sehen, auch wenn dies «dogmatisch nicht leicht zu begründen» sei (diese Autoren bleiben eben diese Begründung schuldig; aus der postulierten Notwendigkeit bzw. Sinnhaftigkeit unmittelbar auf ein subjektives Element zu schliessen, ist gewagt).

725 S. dazu oben FN 685.

726 BGE 130 II 530 E. 6.5.2. und E. 6.5.5.

richtlicher Ansicht – nicht haltbar. Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Ansätze aber kaum, da das Bundesgericht für die Feststellung dieser (subjektiven) Absicht auf objektive Kriterien abstellt⁷²⁷ und dieses Konzept erst noch weit auszulegen sei.⁷²⁸

302 Betreffend das Element der Risikotragung, das sich aus der Legaldefinition ergibt, fehlen Auseinandersetzungen in Lehre und Rechtsprechung. Entsprechend ist dessen Gehalt und Relation zum Kontrollelement nicht geklärt. Gemäss Legaldefinition tritt es kumulativ zum Kontrollelement hinzu.

303 Damit ist der neueren Lehre zu folgen, womit die Subjekt-Objekt-Relation im Ergebnis in einer objektiven faktischen Beherrschungsmöglichkeit hinsichtlich des Stimmrechts zu erblicken ist. Dazu tritt gemäss Legaldefinition kumulativ die Tragung des wirtschaftlichen Risikos der Beteiligung.

304 Aus konzeptueller Perspektive gilt es noch zwei interessante Punkte anzusprechen. Zunächst ist da die Diskrepanz zwischen dem Objekt (Aktien und Beteiligungsderivate) und der Subjekt-Objekt-Relation, die – gewissermassen durch das Objekt hindurch – direkt auf das Stimmrecht zielt. Im Ergebnis läuft das aber auf dasselbe hinaus, denn das Objekt steht in einer definierten rechtlichen Beziehung zu den Stimmrechten; es verkörpert – mehr oder weniger direkt – ebendiese Stimmrechte.⁷²⁹ Das wirtschaftliche Element der Subjekt-Objekt-Relation, die Risikotragung, bezieht sich demgegenüber direkt auf die Beteiligung und damit auf das Objekt^{730, 731}

305 Des Weiteren ist der teilweise postulierte intersubjektive Ansatz⁷³² konzeptuell verfehlt. Das Gesetz selbst gibt vor, dass Aktien und Beteiligungsderivate die Objekte sind. Im Ergebnis ist das unerheblich, da die «ins Visier genommenen» formellen Aktionäre meist ein Kontrollverhältnis zu ihren Aktien haben, sodass Kontrolle über sie auch Kontrolle über die Beteiligung vermittelt. Anders liegt der Fall, wenn der so kontrollierte formelle Aktionäre das Objekt treuhänderisch hält.⁷³³

727 BGE 136 II 304 E. 7.7. und noch deutlicher BGE 130 II 530 E. 6.5.7.

728 BGE 130 II 530 E. 6.5.7.

729 Ob diese ausübbar sind oder nicht, ist gemäss gesetzlicher Anordnung irrelevant (Art. 120 Abs. 1 FinfraG: «Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht»).

730 Zwar sind die Beteiligungsderivate zulässige Objekte, doch führt die Berechtigung am Derivat regelmässig auch zur Tragung des wirtschaftlichen Risikos aus der Beteiligung.

731 Vgl. dazu den Wortlaut der Legaldefinition (s. dazu oben Rz. 278).

732 Zum intersubjektiven Ansatz s. oben FN 452 sowie unten Rz. 745 f.

733 S. zu diesem «Treuhandproblem» auch unten Rz. 390.

VI. Zusammenfassung

Für die wirtschaftliche Berechtigung im Rahmen von Art. 120 FinfraG hat sich gezeigt, dass trotz einiger Unsicherheiten bezüglich des Subjekts mit guten Gründen davon auszugehen ist, dass jeweils eine natürliche oder juristische Person das Subjekt sein muss. Objekt können sowohl Aktien wie auch Beteiligungsderivate sein, die sich ihrerseits auf Aktien beziehen. Die Subjekt-Objekt-Relation liegt in der objektiven faktischen Beherrschungsmöglichkeit hinsichtlich des Stimmrechts zusammen mit der Tragung des wirtschaftlichen Risikos der Beteiligung. 306

Trotz dieser – zumindest vordergründig – klaren Beschreibung der wirtschaftlichen Berechtigung im Kontext der börsenrechtlichen Meldepflicht sind diverse Punkte ungeklärt, namentlich die Abgrenzung zwischen dem Objekt und der Subjekt-Objekt-Relation. Aus konzeptueller Sicht dürfte dies v.a. damit zusammenhängen, dass die Betrachtung dieser Untersuchung eine andere ist als diejenige der börsenrechtlichen Praxis. So ist insb. die Gliederung des Untersuchungsgegenstands nicht kongruent mit der börsenrechtlichen Systematik.⁷³⁴ 307

734 So ist das Subjekt aus Sicht des Konzepts der wirtschaftlichen Berechtigung nur ein mögliches Subjekt aus börsenrechtlicher Sicht (s. dazu oben Rz. 245). Beim Objekt decken sich zwar die börsenrechtliche und die konzeptuelle Betrachtung, doch gibt es aus konzeptueller Sicht Abgrenzungsschwierigkeiten zur Subjekt-Objekt-Relation (s. dazu oben Rz. 276f.). Dies wiederum führt betreffend die Subjekt-Objekt-Relation zu konzeptuellen Unschärfen.

§8 Geldwäschereigesetz (Art. 4 GwG)

- 308 Die Geldwäschereiabwehr erfolgt nicht primär durch das Strafrecht, sondern in erster Linie mit den Mitteln des Verwaltungsrechts,⁷³⁵ wobei das GwG als solches zu qualifizieren ist.⁷³⁶ Nur mit strafrechtlichen Mitteln wäre der Geldwäscherei nicht beizukommen.⁷³⁷ Die beiden Rechtsgebiete ergänzen sich:⁷³⁸ «Das Geldwäschereigesetz soll in Ergänzung zu strafrechtlichen Bestimmungen [...] verhindern, dass Gelder verbrecherischen Ursprungs in den ordentlichen Geldkreislauf gelangen, und helfen, die für die Geldwäscherei verantwortlichen Personen zu ermitteln und strafrechtlich zu belangen [...]. Es dient der Bekämpfung der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) im Finanzsektor und regelt in diesem Zusammenhang die dazu notwendige Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften (vgl. Titel des Gesetzes und Art. 1 GwG).»⁷³⁹ Es ist anzumerken, dass das GwG mittlerweile nicht mehr nur für den Finanzsektor gilt, sondern auch auf Händler Anwendung findet (Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG).⁷⁴⁰
- 309 Um die oben erwähnten Ziele zu erreichen, auferlegt das GwG den davon erfassten Personen diverse Pflichten,⁷⁴¹ u.a. die Pflicht zur Feststellung und

735 NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 276.

736 ZYSSET/NAGEL, Geltungsbereich, 143 m.w.H.; DE CAPITANI-KEOVG II, GwG AT N 274 nennt das GwG ein «Verwaltungsaufsichtsgesetz», wobei er im GwG und insb. in Art. 4 GwG auch strafprozessuale Elemente erblickt (a.a.O., GwG AT N 273); anders NOBEL, Selbstregulierung, 128: «kriminalistisch orientiertes Finanzdienstleistungsgesetz»; ferner KUNZ, Rechtsprechung 14/15, 56 «finanzmarktrechtliche[s] Geldwäschereirecht».

737 Botschaft GwG, 1102; DE CAPITANI-KEOVG II, GwG AT N 55.

738 Vgl. dazu auch oben Rz. 124 ff.; gemäss BGE 129 IV 338 E. 2.3. S. 341 konkretisiert das GwG Art. 305^{ter} StGB «auch hinsichtlich des Täterkreises»; s. zum Verhältnis von GwG zum StGB auch oben FN 405.

739 BGE 134 III 529 E. 4.2. a.A.; ebenfalls von einer Ergänzung des strafrechtlichen Geldwäschereiverbots durch das GwG ausgehend: NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 20.

740 NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 363 und Rz. 418.

741 Die Sorgfaltspflichten des GwG lehnen sich stark an diejenigen der VSB an (Botschaft GwG, 1108) bzw. diese «liegen dem [GwG] zugrunde» (a.a.O., 1121); CAPUS, Report, 184; DE CAPITANI-KEOVG II, GwG AT N 104 ff. (sowie a.a.O., GwG BT N 11 betreffend die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten); FRIEDLI, Standesregeln, 39 und 41; NOBEL, Selbstregulierung, 128.

Identifikation⁷⁴² der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 4 GwG).⁷⁴³ Diese Pflicht gehört zu den «Kernsorgfaltspflichten» des GwG.⁷⁴⁴

Das GwG ist als Rahmengesetz⁷⁴⁵ mit Selbstregulierung konzipiert,⁷⁴⁶ 310 sodass es diverse Ausführungserlasse bzw. Verordnungen⁷⁴⁷ und Selbstregulierungen dazu gibt. Die Verordnungen regeln schwergewichtig organisatorische und technische Fragen, d.h. in erster Linie das Wann und Wie der Einhaltung der Sorgfaltspflichten gemäss GwG.⁷⁴⁸ Ähnliches gilt für die Selbstregulierungen.⁷⁴⁹ Die Ausführungserlasse und die Selbstregulierungen im GwG-Bereich betreffen also im Wesentlichen die formelle Seite der Pflichteinhaltung. Materiell haben diese Normen keinen Einfluss auf die wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG. Entsprechend wird in der nachfolgenden Analyse nicht näher auf sie eingegangen.⁷⁵⁰

I. Entstehung

Am Anfang der Entstehungsgeschichte des GwG stand die Zielsetzung, die 311 damalige Geldwäscherichtlinie der EG im Hinblick auf einen möglichen

742 Zu dieser Neuerung: NAGEL, *Auslegeordnung*, *passim*.

743 BGE 134 III 529 E. 4.2. Diese Pflicht ist im Ergebnis insofern strafbewehrt, als die unrichtige Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten im Formular A eine Falschbeurkundung ist (BGER 6B_731/2021, 6B_737/2021 vom 24. November 2022 E. 6.3.3.).

744 GRABER-Komm. GwG, S. 13; ähnlich BASSE-SIMONSOHN, *Geldwäschereibekämpfung*, 241: «Kernpunkt der Sorgfaltspflichten». Transparenz betreffend die wirtschaftlich berechtigte Person war von Anfang an eines der Mittel der Geldwäschereibekämpfung (KILGUS-SGHB Finanzmarktrecht I, § 30 N 1 a.E.).

745 Botschaft GwG, 1112; CAPUS, *Report*, 176; NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 6 Rz. 293.

746 GRABER-Komm. GwG, Art. 1 N 3; NAGEL, *Geltungsbereich*, Rz. 70 m.w.H.

747 GwV, GwV-EJPD, GwV-ESBK, GwV-FINMA, MGwV.

748 Vgl. etwa zur Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person: Art. 18 GwV, Art. 9 f. GwV-EJPD, Art. 7 f. GwV-ESBK, Art. 59 ff. GwV-FINMA. Die MGwV regelt Organisatorisches betreffend die Meldestelle für Geldwäscherei. Für die nicht vom BR zu erlassenden Verordnungen ergibt sich die Beschränkung auf technische Fragen aus dem Gesetz (Art. 41 Abs. 2 GwG).

749 Art. 25 Abs. 2 GwG betreffend die Selbstregulierungen: «Das Reglement *konkretisiert* für die angeschlossenen Finanzintermediäre deren Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel und legt fest, *wie* diese zu erfüllen sind» [Hervorhebungen hinzugefügt]; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 GwV-FINMA, wonach sich die Selbstregulierungen an den Eckwerten der GwV-FINMA zu orientieren haben (und damit auch in den SRO-Reglementen technische und organisatorische Fragen im Vordergrund stehen). Die SRO-Reglemente gleichen sich nicht zuletzt deshalb stark (DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 25 N 2; ZYSSET-SHK GwG, Art. 25 N 4).

750 Zweck dieser Arbeit ist die Auseinandersetzung mit der wirtschaftlichen Berechtigung in materieller Hinsicht (s. dazu oben Rz. 9 f.).

EWR-Beitritt der Schweiz umzusetzen.⁷⁵¹ Im Verlauf des Prozesses wurde entschieden, das GwG vom (bekanntermassen nicht erfolgten) EWR-Beitritt zu entkoppeln.⁷⁵² Der Erlass des GwG bildete das dritte Massnahmenpaket zur Bekämpfung der Geldwäscherei.⁷⁵³ Der Erlass des GwG wurde als notwendig betrachtet, da die Geldwäschereibekämpfung nur mit strafrechtlichen Mitteln als unzureichend empfunden wurde,⁷⁵⁴ einheitliche Sorgfaltspflichten im Nichtbankensektor fehlten und das Abwehrdispositiv damit nicht mehr den internationalen (v.a. europäischen) Standards entsprach.⁷⁵⁵ Das GwG sollte diese «Lücken im Abwehrdispositiv schliessen.»⁷⁵⁶

II. Zweck und Funktion

- 312 Das GwG bezweckt gemäss Art. 1 «die Bekämpfung der Geldwäscherei im Sinne von Artikel 305^{bis} des Strafgesetzbuches (StGB), die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung im Sinne von Artikel 260^{quinquies} Absatz 1 StGB und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften.»⁷⁵⁷ Im Rahmen dieser Zwecksetzung spielt die (Kern-)Sorgfaltspflicht von Art. 4 GwG (Feststellung und Identifikation⁷⁵⁸ der wirtschaftlich berechtigten Person) eine zentrale Rolle.⁷⁵⁹ Wie im Kontext von Art. 305^{ter} StGB dient die wirtschaftliche Berechtigung hier der Bestimmung des Objekts der Feststellungspflicht. Die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten soll dabei den Finanzplatz, den jewei-

751 Botschaft GwG, 1107; s. auch NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 62; für einen umfassenderen Kontext s. oben Rz. 124 ff.

752 Botschaft GwG, 1107.

753 S. dazu oben Rz. 125; detailliert zur Entstehungsgeschichte: DE CAPITANI-KEOVG II, GwG AT N 54 ff., N 81 ff. (Entwicklung in der Schweiz), N 242 ff. (Gesetzgebungsgeschichte).

754 S. dazu oben FN 737.

755 Botschaft GwG, 1102; DE CAPITANI-KEOVG II, GwG AT N 82 ff.; zum (Regulierungs-)Druck von aussen kam Druck von innen hinzu, da die Banken sich im Nachteil gegenüber den übrigen Finanzintermediären sahen (a.a.O., GwG AT N 83).

756 Botschaft GwG, 1102.

757 Detailliert etwa DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 1 N 7 ff. (zu Art. 1 a GwG, der die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung noch nicht nannte); als (nicht mit dem Gesetzeszweck zu vermengende) Absichten des Gesetzgebers nennt DE CAPITANI die Regulierung des Nichtbankensektors und damit die Anpassung an internationale Standards (a.a.O., GwG 1 N 25).

758 Die Pflicht zur Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten Person bringt keine Modifikation des Begriffs der wirtschaftlichen Berechtigung mit sich (NAGEL, Auslegung, Ziff. 4.1.).

759 S. dazu oben Rz. 126 und Rz. 309.

ligen Finanzintermediär und die Interessen der Strafverfolgungsbehörden schützen.⁷⁶⁰

Das GwG richtet sich zur Erfüllung der Zwecke gemäss Art. 1 GwG nicht an Geldwäscher, sondern an «Angehörige von Berufsgruppen, welche Gefahr laufen, zur Geldwäscherei missbraucht zu werden.»⁷⁶¹ Mit dieser (verwaltungs- bzw. aufsichtsrechtlichen)⁷⁶² Inpflichtnahme der Finanzmarktakteure sollen die Herkunftsermittlung betreffend Vermögenswerte und die Nachverfolgbarkeit von Transaktionen ermöglicht werden, wodurch (auch)⁷⁶³ die Geldwäscherei bekämpft werden soll.⁷⁶⁴

III. Subjekt

Art. 4 GwG äussert sich nicht ausdrücklich zum Subjekt. Art. 4 Abs. 2 GwG impliziert, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um eine natürliche Person handeln muss.⁷⁶⁵ Das gilt jedoch nicht absolut. Zwar war tatsächlich einmal vorgesehen, das Subjekt auf natürliche Personen zu beschränken, doch wurde dieses Vorhaben fallengelassen und damit die Möglichkeit für Ausnahmen eröffnet.⁷⁶⁶ Damit ist klar, dass das Subjekt gemäss Gesetzeswortlaut dem Grundsatz nach eine natürliche Person sein muss.⁷⁶⁷

In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass die z.T. vorkommenden Auffangregelungen (bspw. Art. 2a Abs. 3 Satz 2 GwG)⁷⁶⁸ nicht das Subjekt betreffen. Eine solche Auffangregelung hat nicht den Zweck, den wirtschaftlich Berechtigten zu bestimmen bzw. zu bezeichnen, sondern vielmehr, eine Lösung bereitzuhalten für den Fall, dass sich die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten als unmöglich herausstellt. Da die Unmöglichkeit

760 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 14. Diese Autoren gehen davon aus, dass Kenntnis des wirtschaftlich Berechtigten auch in vertraglicher Hinsicht relevant sei, da nur so eine sorgfältige Beratung des Kunden möglich sei. Nur bei Kenntnis des wirtschaftlich Berechtigten könnten Risikoappetit, Anlageziele etc. richtig festgelegt werden (ebd.). Für DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 7 geht es in erster Linie um die Schaffung von Transparenz.

761 NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 63 a.E.

762 S. dazu oben Rz. 308.

763 Gemäss CAPUS, Selbstregulierung, 273 steht aus aufsichtsrechtlicher Perspektive der Funktionsschutz, d.h. der Schutz der Funktionsfähigkeit und Stabilität des Finanzsystems, im Vordergrund.

764 NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 65.

765 Art. 4 Abs. 2 GwG: «[...] Erklärung darüber einholen, wer die *wirtschaftlich berechtigte natürliche Person* ist» [Hervorhebung hinzugefügt].

766 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 11.

767 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 38.

768 Zum Kontrollinhaber nach Art. 2a Abs. 3 GwG s. unten Rz. 342 ff.

(oder zumindest Erfolglosigkeit) der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten Voraussetzung für die Anwendung einer solchen Auffangregelung ist, kann die in der Auffangregelung genannte Entität – abgesehen von Zufallstreffen – denklogisch notwendigerweise nicht die wirtschaftlich berechtigte Person sein, es sei denn, die Auffangregelung qualifiziere als gesetzliche Fiktion.⁷⁶⁹ Entsprechend sind solche Auffangregelungen für die Zwecke dieser Untersuchung nicht relevant.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

316 Das Bundesgericht hat sich noch nicht mit der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG auseinandergesetzt.⁷⁷⁰ Das ist zu bedauern, aber wenig überraschend. Dass eine Verletzung von Art. 4 GwG einen Bundesgerichtsentscheid provoziert, ist nämlich eher unwahrscheinlich. Einzelne Pflichtverletzungen dürften i.d.R. direkt durch den (Selbst-)Regulator sanktioniert werden,⁷⁷¹ ohne dass sich die Gerichte danach mit den Details auseinandersetzen.

317 Allerdings geben die Bundesgerichtsentscheide zu Art. 305^{ter} StGB einige Hinweise darauf, wie das Bundesgericht die wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG verstehen würde. In einem Entscheid hielt das Bundesgericht betreffend «[d]ie Pflicht zur Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten» fest, dass das GwG in Art. 4 Abs. 1 «[d]ieselbe Pflicht statuiert».⁷⁷² Inwieweit sich die wirtschaftliche Berechtigung in Art. 305^{ter} StGB und Art. 4 GwG gleichen sollen, erläutert das Bundesgericht nicht. Ein wenig deutlicher wurde das

769 Vgl. betreffend das Beispiel von Art. 2a Abs. 3 Satz 2 GwG etwa die Botschaft GAFI, 642 und 683 sowie ihr folgend HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 78 a.E., wonach es sich bei der Auffangregelung «um eine *alternative Massnahme* zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person» handle [Hervorhebung hinzugefügt]. Die Botschaft GAFI, 683 fügt präzisierend hinzu: «Diese Person [oberstes Mitglied des leitenden Organs] ist in der Regel nicht wirtschaftlich berechtigt.» Damit ist (implizit) dargetan, dass es sich gerade nicht um eine Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person handelt, sondern um eine Alternative dazu. Noch deutlicher HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 79 a.E.: «Die Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. f GwV-FINMA hält präzisiert fest, dass die ersatzweise als Kontrollinhaber festgestellte geschäftsführende Person nicht als wirtschaftlich berechtigte Person gilt.» Art. 56 Abs. 3 GwV-FINMA hält fest, dass die Feststellung dieser Person «ersatzweise» erfolgt. LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 41 S. 221 bezeichnen diese Auffangregelung als «subsidiäre Annahme». Ausdrücklich – bezüglich die analoge Regelung in Art. 18 Abs. 3 GwV – der Erläuterungsbericht GwV, 10: «Diese Person [oberstes Mitglied des leitenden Organs] gilt jedoch nicht als wirtschaftlich berechtigte Person nach GwG.» Nicht überzeugt von dieser Regelung ist DE MONTMOLLIN, Blanchiment, 67, der sie als «absurde» und «purement arbitraire» kritisiert.

770 Ausdrücklich offengelassen in BGer 6B_731/2021, 6B_737/2021 vom 24. November 2022 E. 4.5f.

771 Vgl. Art. 12 GwG.

772 BGE125IV 139 E. 3. a) S. 142.

Gericht in einem späteren Entscheid. Es hielt fest, dass «[b]ei der Bestimmung des Anwendungsbereichs [...] das – später erlassene – [GwG] heranzuziehen [ist], welches Art. 305^{ter} StGB *unter anderem auch* hinsichtlich des Täterkreises konkretisiert». ⁷⁷³ Damit impliziert das Bundesgericht, dass das GwG die Sorgfaltspflichten (und nicht nur den Täterkreis) gemäss Art. 305^{ter} StGB konkretisiert, womit eine grosse inhaltliche Nähe gegeben sein dürfte. Im gleichen Entscheid verwies das Gericht betreffend den wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 305^{ter} StGB – ohne weitere Kommentierung – auf die Pflichten gemäss Art. 3 ff. GwG. ⁷⁷⁴

Die Ausführungen in Bundesgerichtsentscheiden zur wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 305^{ter} StGB ⁷⁷⁵ müssten demgemäss grundsätzlich auf die wirtschaftliche Berechtigung gemäss Art. 4 GwG übertragbar sein. ⁷⁷⁶ Die Einzelheiten sind jedoch nicht geklärt.

B. Lehre

In der Lehre gibt es eine Vielzahl von Auseinandersetzungen mit der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 4 GwG, wobei sich nicht alle zum Subjekt äussern. Ein Teil der Lehre setzt die wirtschaftliche Berechtigung gleich mit der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 305^{ter} StGB, ⁷⁷⁷ was entsprechend auch für das Subjekt gelten müsste. ⁷⁷⁸

⁷⁷³ BGE 129 IV 338 E. 2.3. S. 341 [Hervorhebung hinzugefügt].

⁷⁷⁴ BGE 129 IV 338 E. 3.2. a.E.: der Beschwerdeführer wäre «zumindest verpflichtet gewesen, sich, etwa vom Mitangeklagten Z., Dokumente vorlegen zu lassen, welche die Identität des wirtschaftlich Berechtigten auswiesen (vgl. dazu auch Art. 3 ff. GwG)» [Hervorhebung im Original].

⁷⁷⁵ S. dazu oben Rz. 138 f.

⁷⁷⁶ Diese Vermutung ist mit Vorsicht zu geniessen. Das Bundesgericht wird sich in Anbetracht der wenig klaren Aussagen hinsichtlich der Beziehung zwischen Art. 305^{ter} StGB und Art. 4 GwG nicht zwingend an seine Ausführungen zu Art. 305^{ter} StGB gebunden fühlen, sollte es dereinst über die wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG zu entscheiden haben.

⁷⁷⁷ EGGERTANNER, Geldwäscherei, 275 geht gar davon aus, «dass sowohl die VSB wie auch Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB und das GwG darunter dasselbe verstehen dürften.» MATTHEY, Notion, 55 a.A. und 87 geht implizit ebenfalls davon aus, dass die Bedeutung jeweils dieselbe ist. LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 22 (mit Verweis auf SCHMID-KEOVG II, StGB 305^{ter} N 56) sind der Ansicht, dass die Begriffe im GwG und in Art. 305^{ter} StGB «grundsätzlich dieselbe Bedeutung» haben (vgl. auch LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 42, wo für die Definition auf BGE 125 IV 139 E. 3. c) – der Art. 305^{ter} StGB betrifft – verwiesen wird). Für MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 12 «hat sich der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten im GwG sinnvollerweise an dessen inhaltlicher Bedeutung gemäss StGB zu orientieren». ZWIEFELHOFER, Sorgfaltspflichten, 182 m.w.H. scheint von einer materiellen Identität zwischen Art. 305^{ter} StGB und Art. 4 GwG auszugehen und sieht deshalb die Bedeutung von Art. 305^{ter} StGB «nur noch in [der] Konkretisierung der Strafandrohung für die Feststellungspflicht.»

⁷⁷⁸ S. dazu oben Rz. 135 ff.

- 320 BASSE-SIMONSOHN äussert sich nicht ausdrücklich zum Subjekt, geht jedoch implizit davon aus, dass sowohl natürliche Personen wie auch juristische Personen oder Gesellschaften⁷⁷⁹ in Frage kommen.⁷⁸⁰ Ausgenommen seien die Sitzgesellschaften,⁷⁸¹ an denen wiederum u.a. eine «Gruppe von Personen wirtschaftlich berechtigt sein» könne.⁷⁸² Was das im Einzelnen bedeuten soll und wie sich diese Gruppe zu den Gesellschaften verhält, bleibt leider unklar. Klar sein dürfte nur, dass das Subjekt – mit Blick auf die Definition der Subjekt-Objekt-Relation⁷⁸³ – eine Entität sein muss, die Gewahrsam innehaben kann.
- 321 Für CASSANI kann nur eine natürliche Person wirtschaftlich berechtigt sein.⁷⁸⁴ Demgegenüber vertritt DE CAPITANI, dass sowohl natürliche Personen wie auch Gesellschaften – mit Ausnahme der Sitzgesellschaften – wirtschaftlich Berechtigte sein können.⁷⁸⁵ Des Weiteren kämen als Subjekte auch «Vermögenseinheiten ohne bestimmte wirtschaftlich Berechtigte» in Frage.⁷⁸⁶ Gemeint sein sollen damit verselbständigte Vermögensmassen wie Stiftungen oder Trusts.⁷⁸⁷ Gemäss DE CAPITANI können ausserdem mehrere Personen wirtschaftlich berechtigt sein.⁷⁸⁸ Wie sich dies zu den Gesellschaften verhält, bleibt unklar. Noch undurchsichtiger wird es, wenn DE CAPITANI festhält, dass «[m]ehrere wirtschaftlich Berechtigte [...] auch *hintereinander* stehen [können]. Als einprägsames Beispiel kann die Sitzgesellschaft dienen, die an einer anderen Sitzgesellschaft als wirtschaftlich berechtigt bezeichnet

779 Ausgenommen seien davon die einfachen Gesellschaften, die gemäss BASSE-SIMONSOHN nicht wirtschaftlich Berechtigte sein können; berechtigt seien in diesem Fall die einzelnen Gesellschafter (BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 248 FN 757).

780 Vgl. etwa BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 276 f. (Überschrift 1.1.1.f.). Was BASSE-SIMONSOHN meint, wenn er schreibt; «Alternativ zur natürlichen Person kann auch ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe wirtschaftlich berechtigt sein» (a.a.O., 278), ist unklar. Das Gewerbe als solches kann kaum wirtschaftlich berechtigt sein. Es kann nur der Rechtsträger des Gewerbes gemeint sein.

781 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 259 ff.

782 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 261 a.A.

783 S. dazu unten Rz. 332.

784 CASSANI, *Evolutions*, 196.

785 DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 36; Personengesellschaften sind ausdrücklich mögliche Subjekte (a.a.O., GwG 4 N 37).

786 DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 37. Diese Definition erweist sich als zirkulär, denn der das Subjekt bezeichnende Begriff (wirtschaftlich Berechtigter) wird unter Zuhilfenahme ebendieses Begriffes definiert.

787 Vgl. DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 37 2. Lemma.

788 DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 42.

wird.»⁷⁸⁹ Letztlich bleibt bei DE CAPITANI zu vieles offen, um belastbare Aussagen über die möglichen Subjekte machen zu können.

Gemäss LIEBI/CONOD muss der wirtschaftlich Berechtigte – mit Ausnahme einer börsenkotierten Gesellschaft – eine natürliche Person sein.⁷⁹⁰ Gemäss TAUBE «kommen nur natürliche Personen oder eine operativ tätige Gesellschaft» als Subjekte in Frage.⁷⁹¹ Sitzgesellschaften seien demgegenüber ausgenommen.⁷⁹² Gemäss WYSS kann die wirtschaftlich berechtigte Person nur eine natürliche Person sein.⁷⁹³

Die Lehre ist auf den ersten Blick uneinheitlich. Bei chronologischer Betrachtung ergibt sich jedoch ein eindeutiges Bild. Die neuere Lehre geht davon aus, dass nur natürliche Personen als Subjekte in Frage kommen. Das deckt sich mit der legislativen Entwicklung.⁷⁹⁴ Es ist folgerichtig, zumindest im Grundsatz, nur natürliche Personen als Subjekte zuzulassen.⁷⁹⁵

C. Stellungnahme

Während das Gesetz nur natürliche Personen als Subjekte der wirtschaftlichen Berechtigung vorsieht, äussert sich das Bundesgericht nicht zu dieser Frage. Die Lehre ist uneinheitlich und teils inkonsistent.⁷⁹⁶ Bei chronologischer Betrachtung der Lehrmeinungen zeigt sich, dass die neueren Meinungen – in Übereinstimmung mit der legislativen Entwicklung – immer einschränkender wurden und die neusten Ansichten (jedenfalls im Grundsatz) nur noch natürliche Personen als Subjekte zulassen. Es zeigt sich hier also eine Entwicklung im Gleichschritt von Gesetzgebung und Lehre. Entsprechend ist dieser neueren Lehre beizupflichten. Nur natürliche Personen können Subjekte sein.⁷⁹⁷

789 DE CAPITANI-KEOVGII, GwG 4 N 43 [Hervorhebung im Original]; das erinnert entfernt an die UEK (s. dazu oben FN 635).

790 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 38.

791 TAUBE, Sorgfaltspflichten, 162 a.A.

792 TAUBE, Sorgfaltspflichten, 161 f.

793 WYSS-OFK GwG, Art. 4 N 2.

794 Vgl. dazu oben Rz. 314.

795 MATTHEY-CR LBA, Art. 4 N 41 geht davon aus, dass auch mehrere Personen wirtschaftlich Berechtigte sein können.

796 S. dazu oben Rz. 320 f.

797 Dies deckt sich mit dem Begriffsverständnis der GAFI (GAFI-Empfehlungen, 119 Stichwort «Beneficial owner»; ferner GAFI, Transparency, Rz. 15 ff.).

IV. Objekt

325 Das Gesetz äussert sich nicht zur Frage des Objekts der wirtschaftlichen Berechtigung. Nichtsdestotrotz ist klar, dass es um Vermögenswerte gehen muss.⁷⁹⁸

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

326 Mangels bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG ist die Frage nach dem Objekt nicht höchstrichterlich geklärt.⁷⁹⁹ Da aber gemäss Bundesgericht eine grosse inhaltliche Nähe zu Art. 305^{ter} StGB gegeben sein dürfte,⁸⁰⁰ ist davon auszugehen, dass Vermögenswerte als Objekte zu betrachten sind.

B. Lehre

327 Ähnlich wie betreffend Art. 305^{ter} StGB,⁸⁰¹ gibt es zum Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG keine ausdrücklichen Ausführungen in der Lehre. Implizit geht sie jedoch davon aus, dass es jeweils um Vermögenswerte geht.⁸⁰²

C. Stellungnahme

328 Auch wenn es in der Literatur kaum und in der Rechtsprechung keine Auseinandersetzungen mit dem Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung gibt, ist klar, dass es sich jeweils um einen Vermögenswert handeln muss.

798 Vgl. etwa Botschaft GwG, 1113 und 1124.

799 S. dazu oben Rz. 316.

800 S. dazu oben Rz. 317 f.

801 S. dazu oben Rz. 155.

802 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 241 und 245 f.; DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 35; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 42 und N 44; MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 18; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 158; WYSS-OFK GwG, Art. 4 N 2 f., wobei auch von Eigentum, vermögenswerten Rechten und Vermögen die Rede ist, ohne das näher auf diese Begriffe eingegangen würde. Im Übrigen erwähnen LIEBI/CONOD eine intersubjektiv geprägte Definition der wirtschaftlichen Berechtigung, ohne sich zu den sich daraus ergebenden Widersprüchen zu äussern (s. dazu unten Rz. 337). Re «digitale Werte» als Vermögenswerte: STENGEL CORNELIA, Wirtschaftliche Berechtigung an digitalen Werten, in: Jusletter 22. August 2022, *passim*.

V. Subjekt-Objekt-Relation

Das Gesetz äussert sich (ebenso wie die Botschaft)⁸⁰³ nicht zur Subjekt-Objekt-Relation.⁸⁰⁴ 329

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

In Ermangelung bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG ist die Frage bezüglich der Subjekt-Objekt-Relation nicht höchstrichterlich geklärt.⁸⁰⁵ Erneut ist anzunehmen, dass von einer grundsätzlichen Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu Art. 305^{ter} StGB ausgegangen werden kann.⁸⁰⁶ Damit müsste entscheidend sein, wer aus einer wirtschaftlichen Perspektive faktisch über das Objekt bestimmen kann.⁸⁰⁷ 330

B. Lehre

Die Lehre äussert sich teilweise eingehend zur Subjekt-Objekt-Relation. Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass gewisse Lehrmeinungen von einer (weitgehenden) Kongruenz mit der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 305^{ter} StGB ausgehen.⁸⁰⁸ 331

BASSE-SIMONSOHN ist der Ansicht, dass sich der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung gar nicht «streng rechtlich» einordnen lässt.⁸⁰⁹ Er vertritt, dass sich der Begriff an das Konzept der tatsächlichen Sachherrschaft nach den Regeln des sozialen Lebens «anlehnen» lasse, womit er sich auf das objektive Tatbestandselement des Gewahrsams beim Diebstahl bezieht.⁸¹⁰ Erforderlich seien damit (tatsächliche)⁸¹¹ Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswillen,⁸¹² also ein objektives und ein subjektives Element. 332

803 Vgl. Botschaft GwG, 1124 ff.

804 Vgl. etwa TAUBE, Sorgfaltspflichten, 158, wonach der Gesetzgeber den Begriff nicht definiert hat (womit die Subjekt-Objekt-Relation gemeint ist); ähnlich WYSS-OFFK GwG, Art. 4 N 2.

805 S. dazu oben Rz. 316 und Rz. 326.

806 S. dazu oben Rz. 317 f. und Rz. 326.

807 S. dazu oben Rz. 160 f.

808 S. dazu oben Rz. 319 m.w.H.

809 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 244.

810 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 244.

811 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 245; die wirtschaftliche Berechtigung könne sich aus tatsächlichen oder rechtlichen Umständen ergeben (vgl. a.a.O., 246).

812 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 245.

- 333 Ähnlich wie BASSE-SIMONSOHN schickt DE CAPITANI seinen Ausführungen betreffend die massgebliche Relation voraus, dass «[e]ine präzise Definition der Erscheinung [...] vielleicht gar nicht möglich» sei.⁸¹³ Es gehe aber darum, «jene Fälle zu erfassen, in denen *Vermögenswerte nicht dem Vertragspartner gehören, sondern wirtschaftlich dem Vermögen eines anderen zuzurechnen sind.*»⁸¹⁴ Damit ist nicht viel mehr gesagt, als dass es um eine wirtschaftliche Betrachtung geht, womit lediglich der einzige unumstrittene Aspekt aufgegriffen wurde. Im Zusammenhang mit Ausführungen zur Rechtsstellung des wirtschaftlich Berechtigten geht DE CAPITANI dann davon aus, dass zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten und dem Vertragspartner des Finanzintermediärs ein Treuhandverhältnis besteht.⁸¹⁵ Eine Begründung für diese Annahme wird nicht vorgebracht.
- 334 LIEBI/CONOD schliessen sich der bundesgerichtlichen Definition der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 305^{ter} StGB an und übernehmen diese für das GwG ohne Ausführungen, weshalb sie für Art. 4 GwG anwendbar sein soll.⁸¹⁶ Diese unkommentierte Übernahme ist nicht zuletzt deshalb fragwürdig, weil LIEBI/CONOD selbst festhalten, dass «[d]er Begriff ‹wirtschaftlich Berechtigter› [...] sich auch in *anderen Gesetzen des Schweizer Rechts* [findet]. Der Begriff sollte in jedem dieser Gesetze individuell und unabhängig von den anderen Gesetzen ausgelegt werden, da damit jeweils eine andere Situation bezeichnet wird.»⁸¹⁷ Wie dem auch sei, wäre nach dieser Ansicht massgeblich, wer über das Objekt «faktisch bestimmen» kann.⁸¹⁸ LIEBI/CONOD gliedern diese Definition noch auf: «Der wirtschaftlich Berechtigte hat bezüglich den Vermögenswerten den Herrschaftswillen, die Herrschaftsmacht und weiss, wo sich diese befinden; ohne faktisch dauernd über diese bestimmen zu müssen.»⁸¹⁹ Damit suggerieren sie, dass es drei Elemente gibt. Einerseits postulieren sie zwei subjektive Elemente, nämlich Herrschaftswillen und Wissen, d.h. ein voluntatives und ein kognitives Element. Andererseits beschreiben sie mit der Herrschaftsmacht ein objektives Kriterium. Wie sich diese Elemente im Detail zueinander verhalten und wie sie genau zu verstehen

813 DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 32 a.A.

814 DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 35 [Hervorhebung im Original]; DE CAPITANI verweist dabei auf GALLIKER, Banking, 17, dessen Definition sich auf die VSB bezieht, womit DE CAPITANI (im Ergebnis) von Kongruenz ausgeht.

815 Vgl. DE CAPITANI-KEOVG II, GwG 4 N 39 ff.

816 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 42; s. zu dieser Definition oben Rz. 160 f.

817 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 45 [Hervorhebung im Original].

818 S. dazu oben Rz. 160 f.

819 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 42.

sind, bleibt ungeklärt. Klar sein dürfte nur, dass diese Elemente kumulativ erfüllt sein müssen.⁸²⁰

Gemäss MEYER/RYHNER ist wirtschaftlich berechtigt, wer «*unabhängig von der formal-juristischen Struktur* ein (faktisches) Recht» am Objekt hat, also «(alleine oder gemeinsam mit weiteren wirtschaftlich Berechtigten) letztverbindlich über die Verwendung der Vermögenswerte entscheiden, sie endgültig an sich ziehen und die Auflösung der juristischen Konstruktion zur Trennung von formeller und wirtschaftlicher Berechtigung herbeiführen kann».⁸²¹ Massgeblich ist nach dieser Auffassung also die faktische letztverbindliche Entscheidungsgewalt über das Objekt.

TAUBE – ähnlich wie BASSE-SIMONSOHN und LIEBI/CONOD – schreibt einleitend, dass der Gesetzgeber auf eine Definition verzichtet habe, «in dem Wissen, dass im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsauffassungen der einzelnen Länder eine umfassende formelle, aber dennoch praktikable Definition unmöglich ist.»⁸²² TAUBE entwirft trotzdem eine Definition und hält fest, es gehe um eine faktische Berechtigung, die am ehesten mit den Begriffen des Gewahrsams oder der tatsächlichen Herrschaft verglichen werden könne.⁸²³

WYSS entscheidet sich nicht verbindlich für eine Definition der Subjekt-Objekt-Relation, zitiert aber die Definition der GAFI, wonach es um letztverbindliche Kontrolle über die Person gehe, für die eine Transaktion ausgeführt wird.⁸²⁴ Diese Definition enthält einen intersubjektiven Ansatz, den WYSS nicht teilen dürfte, geht er selbst doch (zumindest implizit) davon aus, dass das Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung ein Vermögenswert sei, an dem der wirtschaftlich Berechtigte faktisch berechtigt ist.⁸²⁵ Woher dieser Widerspruch kommt, bleibt unklar.

820 Vgl. LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 44, wonach die wirtschaftliche Berechtigung entfällt, wenn Herrschaftswillen oder -macht unwiederbringlich dahinfallen. Zum Entfallen des Wissens äussern sich diese Autoren nicht. Möglicherweise wird dieses kognitive Element als Teil oder Voraussetzung des Herrschaftswillens gesehen.

821 MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 18 [Hervorhebung im Original]. Mit der Formulierung «alleine oder gemeinsam mit weiteren wirtschaftlich Berechtigten» stellen diese Autoren ohne weitere Einlassung die Möglichkeit mehrerer Subjekte für ein Objekt in den Raum. Auch das Verhältnis zur geforderten «letztverbindlichen» Entscheidungsgewalt ist bei mehreren Subjekten unklar (s. dazu unten Rz. 537).

822 TAUBE, *Sorgfaltspflichten*, 158.

823 TAUBE, *Sorgfaltspflichten*, 158; inhaltlich entspreche die Regelung von Art. 4 GwG im Übrigen derjenigen von Art. 3 VSB (ebd.).

824 WYSS-OFK GwG, Art. 4 N 2.

825 Vgl. WYSS-OFK GwG, Art. 4 N 2, wonach es um «faktische – eben wirtschaftliche – Berechtigungen an Vermögenswerten» gehe [Hervorhebung hinzugefügt]; s. auch a.a.O., Art. 4 N 3: «Beziehungen zwischen Personen und Vermögen»; s. dazu auch oben FN 802.

- 338 Zusammengefasst bedeutet dies, inhaltlich mit dem Konzept gemäss Art. 305^{ter} StGB übereinstimmend, dass für die Subjekt-Objekt-Relation massgeblich ist, wer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d.h. in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, faktisch über das Objekt verfügen kann, also eine letztverbindliche Kontrollmöglichkeit innehat. Dieses Verständnis wird teilweise noch aufgegliedert in ein objektives Element, die Herrschaftsmöglichkeit, und ein subjektives Element, den Herrschaftswillen.

C. Stellungnahme

- 339 Während sich das Bundesgericht bisher noch nicht mit der für Art. 4 GwG massgeblichen Subjekt-Objekt-Relation auseinandergesetzt hat, besteht eine Vielfalt an Lehrmeinungen. Diese sind teilweise oberflächlich,⁸²⁶ gehen ohne Begründung von einer Kongruenz mit Anwendungsfällen wirtschaftlicher Berechtigung in anderen Rechtsgebieten aus⁸²⁷ oder operieren mit interessanten, aber unkommentierten bzw. unerklärten (Neu-)Schöpfungen.⁸²⁸ Angesichts dieser mannigfaltigen Postulate und vieler Unklarheiten bleibt als Gewissheit letztlich nur, dass es um die letztverbindliche Kontrollmöglichkeit unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geht. Allerdings stellt sich sogar hinsichtlich dieser vermeintlich unbestrittenen Essenz die Frage, ob denn die Kontrollmöglichkeit ausreicht oder ob nicht die Ausübung dieser Möglichkeit(en), d.h. tatsächliche Kontrollausübung, erforderlich ist.

VI. Zusammenfassung

- 340 Wirtschaftlich berechtigt i.S.v. Art. 4 GwG kann grundsätzlich nur eine natürliche Person sein und Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung ist ein Vermögenswert. Was die Relation zwischen Subjekt und Objekt anbelangt, ist vieles unklar, abgesehen vom unumstrittenen Allgemeinplatz, dass es um die Kontrollmöglichkeit unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geht.

826 Etwa DE CAPITANI (s. dazu oben Rz. 333).

827 So LIEBI/CONOD (s. dazu oben Rz. 334).

828 So verwenden TAUBE und WYSS den nicht definierten Begriff der «faktischen Berechtigung» (s. dazu oben Rz. 336f.).

VII. Exkurs: Der Kontrollinhaber und der wirtschaftlich Berechtigte beim Handelsgeschäft

Ursprünglich war Art. 4 GwG die Kernbestimmung betreffend wirtschaftliche 341
Berechtigung im GwG. Andere GwG-Normen, die den wirtschaftlich Berechtigten erwähnten, verwiesen damit lediglich auf Art. 4 GwG. Im Rahmen der Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI⁸²⁹ fand der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten (mit dem normativen Gehalt einer Sorgfaltspflicht und nicht als blosser Verweisung auf die im Rahmen dieser Pflicht festgestellten Person) in zwei weiteren GwG-Normen Eingang.⁸³⁰ Der Vollständigkeit halber sollen diese beiden legislativen Nachzügler auf ihre Kongruenz mit dem oben analysierten Konzept i.S.v. Art. 4 GwG überprüft werden.

A. Der Kontrollinhaber (Art. 2a Abs. 3 GwG)

Im Nachgang zur Teilrevision der GAFI-Empfehlungen im Jahr 2012 hat die 342
Schweiz u.a. das GwG revidiert. Im Zuge dieser Revision wurde die Pflicht eingeführt, bei operativ tätigen juristischen Personen eine natürliche Person als wirtschaftlich berechtigt festzustellen.⁸³¹ Unter altem Recht war dies nur bei Sitzgesellschaften erforderlich.⁸³² Die Revision führte also zu einer Ausdehnung der Transparenzerfordernisse.⁸³³

Gemäss Art. 2a Abs. 3 Satz 1 GwG gelten «[a]ls wirtschaftlich berechtigte 343
Personen einer operativ tätigen juristischen Person [...] die natürlichen Personen, welche die juristische Person letztendlich dadurch kontrollieren, dass

829 Hintergrund war auch die von der GAFI im Jahr 2005 festgestellte Nichtkonformität der Schweiz im Bereich der Transparenz bei juristischen Personen (DE MONTMOLLIN, Blanchiment, 66); s. auch Botschaft GAFI, 611 ff.

830 AS 2015 1389 ff., 1398 und 1400.

831 Botschaft GAFI, 682; HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 66 f. Ebenfalls durch diese Revision angestossen wurde eine Revision der VSB, die nun ein dem Kontrollinhaber i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG entsprechendes Konzept enthält (vgl. Art. 20 VSB 16 bzw. Art. 20 VSB 20; SCHINDLER/FLÜCKIGER, Standesregeln, 64 f.).

832 Botschaft GAFI, 682; HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 66.

833 HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 67. Gemäss KILGUS/LOSINGER sehen das revidierte GwG sowie die GAFI Transparenz als oberstes Prinzip, wobei dieses nicht nur der Geldwäschereiprävention dient, sondern (mindestens indirekt) auch der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung und Steuerdelinquenz sowie der Verbesserung der risikoadäquaten Überwachung der Geschäftsbeziehungen (KILGUS SABINE / LOSINGER PAOLO, Das neue Geldwäschereigesetz – Erste Erfahrungen, TREV 2016, 280 ff., 282).

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.» Die in dieser Norm bezeichnete wirtschaftlich berechtigte Person wird i.d.R. – in Abgrenzung zum wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 4 GwG – als Kontrollinhaber bezeichnet.⁸³⁴ Damit drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern sich dieser Kontrollinhaber vom wirtschaftlich Berechtigten unterscheidet.

344 Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz selbst einen Unterschied impliziert. Gemäss Wortlaut von Art. 2a Abs. 3 GwG «gelten» die genannten natürlichen Personen als wirtschaftlich Berechtigte; sie *sind* es also gemäss Wortlaut nicht. Mit Blick auf die Botschaft ist unklar, ob diese Implikation ein Versehen war,⁸³⁵ sodass eine Analyse des normativen Gehalts der Bestimmung unumgänglich ist.

345 Subjekt im Konzept der Kontrollinhaberschaft ist gemäss klarem Gesetzeswortlaut eine⁸³⁶ natürliche Person. Objekt ist gemäss Wortlaut eine operativ tätige juristische Person. WYSS vertritt, mit Verweis auf die Praxis der FINMA, der SBVG und des SVV, dass alle Rechtsformen operativ tätiger Gesellschaften erfasst sein sollten.⁸³⁷ Das Gesetz umschreibt die Subjekt-Objekt-Relation als Kontrolle des Subjekts über das Objekt, die darin begründet ist, dass das Subjekt «direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmenanteils [am Objekt] beteiligt [ist] oder [es] auf andere Weise kontrollier[t].»⁸³⁸

834 GRETER-BSK GwG, Art. 2a N 54; HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 73; NAGEL, Auslegeordnung, Ziff. 4.1.; so ausdrücklich auch Art. 2 lit. f GwV-FINMA; vgl. auch HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a Titel vor N 68; WYSS-OFK GwG, Art. 2a Titel vor N 18 sowie N 18 ff.; dieselbe Terminologie verwendet auch die VSB 20 (s. Kapitel 3 VSB 20). Die Pflicht zur Feststellung des Kontrollinhabers wurde als zentrale Neuerung in der VSB 16 eingeführt (NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 180). Das GwG selbst nimmt keine terminologische Unterscheidung vor (HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 72; KUNZ, GAFI, Rz. 39).

835 Die Botschaft lässt hier die nötige begriffliche Trennschärfe vermissen. Einerseits ist davon die Rede, ab welchem Schwellenwert eine Person als wirtschaftlich Berechtigte «gelten kann» (Botschaft GAFI, 683 a. A.). Andererseits hält die Botschaft fest, dass «Artikel 2a Absatz 3 E-GwG [...] die an juristischen Personen wirtschaftlich Berechtigten [umschreibt]» (a. a. O., 682 a. E. [Hervorhebung weggelassen]), ihn also unmittelbar definiert.

836 Gemäss MATTHEY-CRLBA, Art. 2a N 70 können es auch mehrere natürliche Personen sein.

837 WYSS-OFK GwG, Art. 2a N 20; Art. 2 lit. f GwV-FINMA, Art. 56 Abs. 1 GwV-FINMA (sowie Art. 20 Abs. 1 VSB 20) erfassen entgegen dem Wortlaut von Art. 2a Abs. 3 GwG ausdrücklich operativ tätige Personengesellschaften (die Erfassung von Personengesellschaften ablehnend: EGLE, Anonymität, Rz. 513 ff. sowie KILGUS/LOSINGER, Geldwäschereigesetz, 281f.).

838 Art. 2a Abs. 3 GwG.

Damit gestaltet sich die Feststellung des Kontrollinhabers als zweistufiger Prozess.⁸³⁹ Zunächst ist zu prüfen, ob eine natürliche Person die formale⁸⁴⁰ Voraussetzung der mindestens 25-prozentigen (direkten oder indirekten⁸⁴¹) Kapital- oder Stimmeteiligung erfüllt.⁸⁴² Diesbezüglich ist bemerkenswert, dass mit dem Begriff «indirekt» scheinbar eine Form wirtschaftlicher Berechtigung in die Definition der Subjekt-Objekt-Relation eingeführt wird.⁸⁴³ Dieser Satz lässt sich nämlich auch so lesen: Wirtschaftlich berechtigt an der operativ tätigen Gesellschaft (Objekt) ist, wer an einer 25%-Beteiligung dieser Gesellschaft wirtschaftlich berechtigt ist. Mit dieser Umformulierung wird die Zirkularität der Definition offensichtlich. Ungeachtet dessen ist im ersten Schritt also zunächst (formal) eine 25%-Beteiligung vorausgesetzt, wobei die Relation zu dieser qualifizierten Beteiligung nicht «formaler Natur» sein muss.

Falls keine natürliche Person diese Voraussetzung erfüllt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine natürliche Person die Gesellschaft «auf andere Weise» kontrolliert.⁸⁴⁴ Ausgehend vom allgemeinen Kontrollbegriff wäre etwa auf die Möglichkeit, die Unternehmenspolitik zu steuern oder die

839 Vgl. HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 95 ff., wobei diese Autorin von drei Stufen ausgeht (a.a.O., Art. 2a N 95); ebenso LUTZ/KERN, GAFI, 304; MATTHEY-CR LBA, Art. 2a N 28; MEYER/RYHNER, Differenzierung, 111; detailliert zur Prüfungskaskade: GRETER-BSK GwG, Art. 2a N 46 ff. sowie MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 122 ff.; analog betreffend die VSB: SCHINDLER/FLÜCKIGER, Standesregeln, 66 f. M.E. ist von einem zweistufigen Prozess auszugehen, denn die «dritte Stufe» ist die ersatzweise Feststellung der Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs (HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 102 f.; vgl. Art. 2a Abs. 3 Satz 2 GwG). Dies ist aber gerade nicht mehr Teil der Feststellung des Kontrollinhabers, sondern das gesetzlich vorgeschriebene Vorgehen, wenn ein solcher nicht festgestellt werden konnte (vgl. dazu oben Rz. 315). Analog betreffend die VSB 20: HEIM/WETTSTEIN-PK VSB, Art. 20 Abs. 4 N 3.

840 WYSS-OFK GwG, Art. 2a N 22 bezeichnet diese Vorschriften als «sehr formalistische[...] Bestimmungen».

841 Bei der indirekten Beteiligung liegt eine mittelbare Beteiligung über eine oder mehrere zwischengeschaltete Gesellschaften vor (HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 88; diese Autorin schreibt diesbezüglich ebd. von einem «Durchgriff durch diese zwischengeschalteten Gesellschaften»). An einer zwischengeschalteten Gesellschaft muss mindestens eine Mehrheitsbeteiligung (oder Kontrolle auf andere Weise) vorliegen (HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 90; WYSS-OFK GwG, Art. 2a N 21), d.h., die Schwelle von 25% gilt nur für die erste Kontrollstufe (WYSS-OFK GwG, Art. 2a N 21; s. auch die Beispiele bei HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 88 ff.).

842 Vgl. HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 96 ff.

843 Vgl. dazu oben FN 841 sowie ferner Rz. 233.

844 Art. 2a Abs. 3 Satz 2 GwG; s. auch HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 99 ff. A.M. EGLE, Anonymität, Rz. 338 ff., der entgegen der Reihenfolge gemäss Art. 56 GwV-FINMA postuliert, auf die Prüfung einer Kontrolle «auf andere Weise» könne auch bei Vorliegen einer qualifizierten Beteiligung nicht verzichtet werden, da die wirtschaftliche Berechtigung basierend auf einer solchen Beteiligung «lediglich auf einer pragmatisch orientierten Fiktion des Gesetzgebers» beruhe (a.a.O., Rz. 340).

gesetzlichen Vertreter und Organe zu bestimmen, abzustellen.⁸⁴⁵ Die in dieser Auffangregelung angesprochenen Kontrollweisen lassen sich nur schwerlich abstrakt erfassen, und u.U. ist es gar für die Gesellschaft selbst mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, eine solche Kontrolle zu erkennen.⁸⁴⁶

348 Bereits diese kurze Betrachtung offenbart einige grundlegende Unterschiede zwischen dem Konzept des Kontrollinhabers und demjenigen der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG. Zunächst einmal ist im Konzept des Kontrollinhabers eine juristische Person Objekt der massgeblichen Relation und nicht ein Vermögenswert,⁸⁴⁷ sodass eine intersubjektive Beziehung Gegenstand des Konzepts ist. Des Weiteren ist hinsichtlich der Subjekt-Objekt-Relation, zumindest in einem ersten Schritt, ein formales Kriterium massgeblich, nämlich die Beteiligungsschwelle von 25%.⁸⁴⁸ Somit liegt ein von der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG deutlich zu unterscheidendes Konzept vor.⁸⁴⁹ Entsprechend wird die Regelung, wonach der Kontrollinhaber wirtschaftlich Berechtigter sei, richtigerweise auch als gesetzliche Fiktion bezeichnet.⁸⁵⁰

845 Vgl. HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N90; SCHINDLER/FLÜCKIGER, Standesregeln, 64; s. auch EGLE, Anonymität, Rz. 335 ff. m.w.H.; MATTHEY-CR LBA, Art. 2a N 41 moniert den «caractère vague et subjectif de la notion de «contrôle d'une autre manière».

846 EGLE, Anonymität, Rz. 336 f. Das Erreichen der 25%-Schwelle ist aufgrund der Meldepflicht des Aktionärs (Art. 697 i ff. OR) hingegen einfach festzustellen.

847 GRETER-BSK GwG, Art. 2a N 44. Der Kontrollinhaber hat u.U. gar keine Beziehung zu den in Frage kommenden Vermögenswerten (HEIM/WETTSTEIN-PK VSB, Art. 20 Abs. 1 N 5).

848 Dies mit dem interessanten Effekt, dass bei strikter Einhaltung dieser Vorschrift ein Aktionär mit 25% Stimmanteil (auch) als Kontrollinhaber festgestellt werden müsste, wenn es nur *einen* weiteren Aktionär mit 75% Stimmanteil gäbe (mit einem analogen Beispiel: EGLE, Anonymität, Rz. 334; EGLE, ebd. ist der Ansicht, dass es sich um eine unwiderlegbare Vermutung der wirtschaftlichen Berechtigung handelt (s. auch die Kritik dazu a.a.O., Rz. 502 ff.; s. auch oben FN 844 a.E.)). Dies kann dazu führen, dass es vier – potenziell völlig voneinander unabhängige – Kontrollinhaber gibt. Auch dies scheint dem Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung zu widersprechen.

849 PODA, Effets, 53 a.A., 75 f. sowie 249; KILGUS/LOSINGER, Geldwäschereigesetz, 281 f. gehen von einem neuen bzw. eigenen Konzept aus, das über dasjenige des wirtschaftlich Berechtigten gemäss GwG und OR hinausgeht. KUNZ, GAFI, Rz. 37 ff. geht ebenfalls von zwei verschiedenen Konzepten aus, schreibt aber auch, dass «das bisherige Konzept der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 4 GwG durchbrochen bzw. *um eine weitere Variante ergänzt*» wird (a.a.O., Rz. 37 [Hervorhebung hinzugefügt]), womit letztlich offen bleibt, wie er das Verhältnis zwischen diesen Konzepten genau wertet. HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 71 übernimmt diese Formulierungen von KUNZ fast unverändert. WYSS-OFK GwG, Art. 2a N 19 geht demgegenüber aus einer historischen Perspektive von einer «Ausdehnung des Begriffs der wirtschaftlich berechtigten Person» aus, wobei er aus gesetzessystematischer Sicht das Konzept des Kontrollinhabers als «Unterkategorie des wirtschaftlich Berechtigten» verortet. NAGEL, Auslegung, Ziff. 4.1. geht von Gleichwertigkeit der Begriffe Kontrollinhaber und wirtschaftlich berechtigte Person aus.

850 GRETER-BSK GwG, Art. 2a N 51; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 41; MEYER/RYHNER, Differenzierung, 111; ähnlich EGLE, Anonymität, Rz. 334 (s. dazu auch oben FN 848);

Die parallele Anwendbarkeit dieser unterschiedlichen Konzepte kann dazu führen, dass es bei juristischen Personen u.U. zwei verschiedene Arten von wirtschaftlich Berechtigten gleichzeitig geben kann.⁸⁵¹ Einerseits Personen, die Kontrolle über die Gesellschaft ausüben (z.B. Aktionäre mit einer qualifizierten Beteiligung), als Kontrollinhaber und andererseits Personen, die an Vermögenswerten der Gesellschaft wirtschaftlich berechtigt sind.⁸⁵² Am deutlichsten tritt diese Differenzierung zutage, wenn eine von einer natürlichen Person kontrollierte Treuhandgesellschaft Vermögenswerte eines Nichtaktionärs hält.⁸⁵³ Anzumerken ist, dass diese Regelung international ein Sonderfall ist.⁸⁵⁴

In Anbetracht dieser zahlreichen Unwägbarkeiten wenig überraschend, gibt es in der Lehre Kritik am Konzept des Kontrollinhabers.⁸⁵⁵ KILGUS/LOSINGER monieren zu Recht, dass es «mit dem Argument der zeitlichen Dringlichkeit versäumt [wurde], dogmatische Grundlagenarbeit zu verrichten», was zu diversen Widersprüchlichkeiten geführt hat.⁸⁵⁶

B. Der wirtschaftlich Berechtigte beim Handelsgeschäft (Art. 8a Abs. 1 lit. b GwG)

Im Rahmen derselben Revision, mit der das Konzept des Kontrollinhabers Eingang ins GwG gefunden hat, wurden GwG-Pflichten für Händler eingeführt.⁸⁵⁷ Zweck dieser Bestimmungen ist es, gewisse Barzahlungsvorgänge geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten zu unterstellen. Diese in Art. 8a

implizit ebenso KILGUS/LOSINGER, *Geldwäschereigesetz*, 281; vgl. auch RICCARDI/SAVONA, *Identification*, 15f., die darauf hinweisen, dass eine (qualifizierte) Beteiligung nicht zwingend Kontrolle bedeuten muss.

851 Vgl. PODA, *Effets*, 53. Das Gesetz nimmt – wie erwähnt (s. dazu oben FN 834) – keine terminologische Unterscheidung zwischen Kontrollinhaber und wirtschaftlich berechtigter Person vor.

852 KUNZ, *GAFI*, Rz. 38; NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 6 Rz. 398; s. auch Art. 59 Abs. 2 GwV-FINMA, der die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an Vermögenswerten einer operativ tätigen Gesellschaft regelt.

853 In einem solchen Fall sind sowohl der wirtschaftlich Berechtigte wie auch der Kontrollinhaber festzustellen (GRETER-BSK GwG, Art. 2a N 45).

854 HAWKINS-SHK GwG, Art. 2a N 71 a.E.; MEYER/RYHNER, *Differenzierung*, 113; entsprechend kritisch: *Global Forum, Review 2020*, Rz. 89.

855 PIETH-BSK StGBII, Vor Art. 305^{bis} N 41; DERS., *Wirtschaftsstrafrecht*, 198; NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 6 Rz. 346.

856 KILGUS/LOSINGER, *Geldwäschereigesetz*, 279.

857 Vgl. *Botschaft GAFI*, 627 ff.; die in der Botschaft beschriebenen Massnahmen weichen jedoch erheblich von der in Kraft gesetzten Regelung ab, da es im Parlament zu grundlegenden Änderungen kam (SCHOTT/KESSLER-SHK GwG, Art. 8a N 5f.).

GwG definierten Pflichten beinhalten u.a. die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, wobei hierfür auf die bekannten Bestimmungen von Art. 4 Abs. 1 GwG sowie Art. 4 Abs. 2 lit. a und b GwG verwiesen wird.⁸⁵⁸ Damit müsste eigentlich klar sein, dass sich der wirtschaftlich Berechtigte im Händlerkontext nicht unterscheiden dürfte von den bereits dargelegten Konzepten des wirtschaftlich Berechtigten und des Kontrollinhabers. Nichtsdestotrotz gibt es Differenzen.⁸⁵⁹

352 Ein erster konzeptueller Unterschied liegt darin, dass gemäss der Doktrin das Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung in diesem Kontext immer Bargeld ist.⁸⁶⁰ Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des GwG, doch deuten Art. 18 Abs. 1 GwV («an dem Geld wirtschaftlich berechtigt»), die Händlerdefinition⁸⁶¹ und die Zwecksetzung der Bestimmung auf diesen Schluss hin. Dies wäre in konzeptueller Hinsicht aber nur ein geringfügiger Unterschied, würde doch das Objekt einfach von Vermögenswerten allgemein auf einen bestimmten Vermögenswert (Bargeld) eingeschränkt.

353 Möglicherweise ergeben sich aus Art. 18 GwV noch weitere Unterschiede. Diese Norm regelt die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten in formeller Hinsicht, enthält aber potenziell auch materielle Modifikationen.⁸⁶² Zusätzlich zur Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person bestimmt Art. 18 Abs. 2 GwV, dass bestimmte Personen «[a]ls wirtschaftlich berechtigte Personen *gelten*» [Hervorhebung hinzugefügt]. Diese Formulierung erinnert stark an die Fiktion der wirtschaftlichen Berechtigung des Kontrollinhabers.⁸⁶³ Und tatsächlich folgt in Art. 18 Abs. 2 lit. b GwV sowie Art. 18 Abs. 3 GwV eine Regelung, die sich inhaltlich mit der Definition des Kontrollinhabers i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG deckt.⁸⁶⁴ Die Fiktion der wirtschaftlichen

858 Art. 8a Abs. 1 lit. b GwG.

859 A.M. RAMELET, Geldwäschereibekämpfung, 79 f.: «Die Bestimmungen zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person decken sich nun ebenfalls mit denjenigen von Finanzintermediären»; später differenzierend DERS.-BSK GwG, Art. 8a N 83 f.

860 BURCKHARDT/HÖSLI, Händler, Rz. 21; RAMELET, Geldwäschereibekämpfung, 80; SCHOTT/KESSLER-SHK GwG, Art. 8a N 20; ohne weitere Einlassung geht aber RAMELET-BSK GwG, Art. 8a N 87 von wirtschaftlicher Berechtigung «am Kaufgut» aus.

861 Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG: «natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei *Bargeld* entgegennehmen (Händlerinnen und Händler)» [Hervorhebung hinzugefügt]. Damit sind bargeldlose Vorgänge nicht von der Händlerbestimmung erfasst (SCHÄREN-SHK GwG, Art. 2 N 195).

862 Vgl. Art. 8a Abs. 5 GwG: «Der Bundesrat konkretisiert die Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 und legt fest, wie diese zu erfüllen sind.»

863 S. dazu oben Rz. 345.

864 Und zwar auch hinsichtlich der Begriffsausdehnung auf Verordnungsstufe (vgl. Art. 2 lit. f GwV-FINMA), denn Art. 18 Abs. 2 lit. b GwV erfasst auch Personengesellschaften (s. dazu oben Rz. 343, insb. FN 837). Insofern ist die direkte Gleichsetzung von Art. 18 Abs. 2 lit. b GwV mit Art. 2a Abs. 3 GwG bei SCHOTT/KESSLER-SHK GwG, Art. 8a N 22

Berechtigung des Kontrollinhabers greift also auch hier. Insofern ergeben sich keine Unterschiede zum Kontrollinhaber.

Gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. a GwV gilt jedoch auch diejenige natürliche Person als wirtschaftlich berechtigt, «auf deren Rechnung der Erwerb erfolgt». Damit wird eine bisher unbekannte weitere Fiktion der wirtschaftlichen Berechtigung eingeführt. Wirtschaftlich berechtigt am eingesetzten Bargeld wäre nämlich gemäss Art. 4 GwG derjenige, der die wirtschaftliche Kontrolle über das Bargeld innehat (entsprechend der – hier verkürzt wiedergegebenen – Definition der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG)⁸⁶⁵. Der Erwerb erfolgt aber wahrscheinlich in aller Regel auf Rechnung dessen, der – wirtschaftlich betrachtet – Anspruch auf (und damit Kontrolle über) den Kaufgegenstand hat. Die (wirtschaftliche) Kontrolle über das eingesetzte Bargeld und über den Kaufgegenstand müssen sich nicht zwingend decken,⁸⁶⁶ und die (wirtschaftliche) Berechtigung am Kaufgegenstand ist gemäss der Doktrin nicht massgeblich für die wirtschaftliche Berechtigung i.S.d. Händlerpflichten.⁸⁶⁷

Das folgende Beispiel soll die Problematik veranschaulichen. A «beauftragt» B, ihm eine Uhr zu besorgen. B kauft diese Uhr mit seinem eigenen Bargeld, um sie an A zu übergeben. A ist nicht wirtschaftlich berechtigt am von B eingesetzten Bargeld, denn über dieses hat er keine (wirtschaftliche) Kontrolle. Er ist allerdings wahrscheinlich an der von B gekauften Uhr wirtschaftlich berechtigt, da er in aller Regel die Möglichkeit haben wird, darüber zu bestimmen (insb. die Herausgabe an ihn selbst zu veranlassen). Nach dem Kernkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung in der Händlerbestimmung wäre A also nicht wirtschaftlich berechtigt, da er keinen ausreichenden Bezug zum Objekt (Bargeld) hat. Da der Kauf aber auf seine Rechnung erfolgt, gilt er gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. a GwV als wirtschaftlich Berechtigter.

Die Frage ist nun, wie mit solchen Situationen zu verfahren ist. Gemäss Doktrin wäre stur die wirtschaftliche Berechtigung am eingesetzten Bargeld

FN 32 unpräzise, da die GwG-Norm selbst – jedenfalls ihrem Wortlaut nach – Personengesellschaften nicht erfasst. Vorsichtiger CASSANI/HENNINGER, Geldwäscherei, 91a.A., die von einer Übernahme der «Prinzipien nach Art. 2a Abs. 3 GwG» ausgehen.

865 S. dazu oben Rz. 339 f.

866 CASSANI/HENNINGER, Geldwäscherei, 90 scheinen davon auszugehen, dass sich dies decken muss: «Die wirtschaftlich berechtigte Person ist der tatsächliche wirtschaftliche Eigentümer, auf dessen Rechnung der Erwerb erfolgt [...] und der die Vermögenswerte (i.e. den Barbetrag) kontrolliert» [Hervorhebung hinzugefügt]. Es ist nicht davon auszugehen, dass das «und» hier kumulative Voraussetzungen postulieren soll. Diesfalls wäre in Fällen, in denen sich die wirtschaftliche Kontrolle über das Bargeld und den Kaufgegenstand nicht decken (dazu sogleich in Rz. 355), keine wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen, was wohl nicht gemeint sein kann.

867 SCHOTT/KESSLER-SHK GwG, Art. 8a N 21; s. dazu auch oben Rz. 352.

zu prüfen,⁸⁶⁸ womit B wirtschaftlich berechtigt wäre. M.E. muss aufgrund der Regelung von Art. 18 Abs. 2 lit. a GwV der A als wirtschaftlich Berechtigter am Kaufgegenstand festgestellt werden. Wie auch immer der Entscheid ausfällt, hat der Händler möglicherweise ein Problem, denn gemäss Art. 8a Abs. 1 lit. b GwG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GwG ist B wirtschaftlich berechtigt und gemäss Art. 8a Abs. 5 GwG i.V.m. Art. 18 Abs. 2 lit. a GwV gilt A als wirtschaftlich Berechtigter. Der vorsichtige Händler wird entsprechend beide identifizieren müssen.

357 Dies scheint auch der Erläuterungsbericht zu fordern: «Das Gesetz verlangt, dass die *Händlerinnen und Händler abklären*, wer an den Vermögenswerten, also vorliegend *am Bargeld* zur Tilgung der Kaufpreiszahlung und nach Abwicklung des Kaufgeschäfts *am Kaufgegenstand*, *wirtschaftlich berechtigt ist.*»⁸⁶⁹ Allerdings ist nicht klar, ob der Bericht damit tatsächlich die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung am Kaufgegenstand und am Bargeld fordert oder ob schlicht davon ausgegangen wird, dass sich dies ohnehin deckt.

358 Klar sein dürfte, dass Art. 18 Abs. 2 lit. a GwV, obwohl prima vista die Subjekt-Objekt-Relation betreffend, letztlich (nur) das Objekt modifiziert, indem derjenige als wirtschaftlich Berechtigter gilt, der bei wirtschaftlicher Betrachtung Anspruch auf den Kaufgegenstand hat.⁸⁷⁰ Die Details der Auswirkungen dieser verunglückten Verordnungsbestimmung auf das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung bleiben aber ungeklärt.

359 Ungeachtet dessen (oder gerade deshalb) stellt sich die Anschlussfrage, ob diese Modifikationen auf Verordnungsstufe überhaupt gesetzeskonform (und damit zu beachten) sind, denn Art. 8a Abs. 1 lit. b GwG verweist für die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person vorbehaltlos auf bestehende GwG-Normen. Da aber im Bereich des Konzepts der wirtschaftlichen Berechtigung im GwG derartige Unsicherheit betreffend die Einzelheiten herrscht, dürften die insgesamt eher geringfügigen und nicht per se systemwidrigen Modifikationen auf Verordnungsstufe als gesetzeskonform zu betrachten sein.⁸⁷¹

868 Unklar ist, ob CHAPPUIS/BURGNER-CR LBA, Art. 8a N 45 postulieren, dass der wirtschaftlich Berechtigte am Geld und am Kaufobjekt festgestellt werden muss, oder ob sie davon ausgehen, dass sich das deckt: «Le négociant doit déterminer *l'ayant droit économique des espèces* servant à payer le prix d'achat, puis une fois la transaction conclue, du bien acquis» [Hervorhebung im Original].

869 Erläuterungsbericht GwV, 9 a.E. [Hervorhebungen hinzugefügt]; ebenso ohne weitere Einlassung: RAMELET-BSK GwG, Art. 8a N 87.

870 Abgesehen von Fällen der Erpressung wird nämlich derjenige, dem der Kaufgegenstand letztlich zukommt, meist in irgendeiner Form die Rechnung dafür übernehmen.

871 Art. 8a Abs. 5 GwG gibt dem BR die Kompetenz zur Konkretisierung u. a. der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person. Bloss Modifikationen betreffend das Objekt dürften davon erfasst sein, da sich am Konzept ansonsten nichts ändert.

Zu guter Letzt bleibt nur noch festzuhalten, dass sich die Befürchtungen von BURCKHARDT/HÖSLI bewahrheitet haben: «Ob es in gesetzgebungstechnischer Hinsicht besonders geglückt ist, einen vorbehaltlosen Verweis auf die für Finanzintermediäre geltenden Pflichten vorzunehmen (Art. 8a Abs. 1 GwG), gleichzeitig aber dem Bundesrat den Auftrag zu geben, konkretisierende Vorschriften auf Verordnungsstufe zu erlassen, darf bezweifelt werden. Es ist nicht auszuschliessen, dass dies in Zukunft zu Auslegungsschwierigkeiten führen wird.»⁸⁷² Genau diese Schwierigkeiten aus genau diesem Grund offenbaren sich bei eingehender Analyse.

C. Verhältnis zum wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 4 GwG

Die obigen Betrachtungen haben gezeigt, dass sich sowohl das Konzept der Kontrollinhaberschaft wie auch das der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der Händlerbestimmung des GwG vom Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 4 GwG teils erheblich unterscheiden. Das Konzept des Kontrollinhabers beinhaltet eine intersubjektive Relation⁸⁷³, die – zumindest in einem ersten Schritt – aufgrund formaler Kriterien festgestellt wird, und bei der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der Händlerbestimmung gibt es zwei verschiedene in Frage kommende Objekte, wobei die Einzelheiten und insb. das Verhältnis zwischen diesen Objekten ungeklärt sind.

Auch wenn die untersuchten Konzepte mit einigen Unwägbarkeiten verbunden sind, steht fest, dass allein im Bereich des GwG drei⁸⁷⁴ zu unterscheidende Konzepte unter dem Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung existieren. In Anbetracht dessen, dass in der Auseinandersetzung mit der wirtschaftlichen Berechtigung in anderen Rechtsgebieten regelmässig auf das GwG als Stammland des (sic!) Konzepts verwiesen wird, ist dies eine ebenso überraschende wie beunruhigende Erkenntnis. Mit dem Argument der Einheit der Rechtsordnung Analogieschlüsse für andere Rechtsgebiete zu ziehen, ist also heikel, und eine rechtsgebiets- bzw. gar normimmanente Analyse der jeweiligen Konzepte tut not.

872 BURCKHARDT/HÖSLI, Händler, FN 44; ZYSSET/NAGEL, Geltungsbereich, 149 weisen darauf hin, dass die Händlerbestimmungen überhaupt ein Fremdkörper im GwG sind.

873 Zum intersubjektiven Ansatz s. oben FN 452 sowie unten Rz. 745f.

874 Global Forum, Review 2020, Rz. 82 geht von zwei Konzepten aus («beneficial owners of assets» sowie «beneficial owners of operating legal entities»), beschäftigt sich aber auch nicht vertieft mit den Händlerbestimmungen. Ähnlich MATTHEY-CR LBA, Art. 4 N 3.

§9 Obligationenrecht (Art. 697j OR)

363 Seit dem Jahr 2015 findet sich die «wirtschaftlich berechtigte Person» bekanntermassen auch im OR,⁸⁷⁵ namentlich in Art. 697j OR⁸⁷⁶ sowie in der analogen⁸⁷⁷ Bestimmung im Recht der GmbH (Art. 790a OR).⁸⁷⁸ Aufgrund der inhaltlichen Kongruenz zwischen den Normen im Recht der AG und der GmbH wird nachfolgend nur die aktienrechtliche Regelung analysiert.

364 Gemäss Art. 697j Abs. 1 OR muss ein Erwerber von Aktien einer Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte nicht an einer Börse kotiert sind, Angaben über diejenige «natürliche[...] Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person)», sofern er durch den Erwerb «den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet». Abs. 2 dieser Bestimmung spezifiziert, wer als wirtschaftlich berechtigte Person zu melden ist, wenn der Aktionär eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ist. Im Sinne einer Zwischenbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass bereits vor Inkrafttreten dieser Bestimmungen u.U. eine Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten aktienrechtlich vorgesehen werden konnte, und zwar über die Treuhändervinkulierung.⁸⁷⁹ Dazu war bzw. ist aber eine statutarische Grundlage vonnöten,⁸⁸⁰ denn die gesetzlich

875 Das Konzept war neu im OR (EGLE, Anonymität, Rz. 732; GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 12; SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 902; DERS.-ZK OR, Art. 697j N 62) oder gemäss VISCHER/GALLI, 697j 1, 483 neu im Zivilrecht überhaupt; s. aber die Ausführungen betreffend Art. 663c OR oben in Rz. 236.

876 Bei den übrigen Erwähnungen im Umfeld von Art. 697j OR handelt es sich um blosser Verweisungen auf ebendiese Bestimmung (s. Art. 656b Abs. 4 Ziff. 3 OR, Art. 697l OR, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR, ferner auch Art. 23a lit. b BEG).

877 Botschaft Global Forum, 320.

878 Im Übrigen verweist das KAG in Art. 46a Abs. 1 KAG für die SICAV ausdrücklich auf Art. 697j OR; s. ferner die Verweisungen in Art. 112 KAG für die SICAF sowie in Art. 764 Abs. 2 OR für die KmAG. Keine vergleichbare Bestimmung gibt es im Genossenschaftsrecht, da die Gen aufgrund der Mindestpersonenzahl und des Kopfstimmprinzips nicht kontrolliert werden könne, womit es keine «[w]irtschaftlich Berechtigte im Sinne der GAFI-Empfehlung Nr. 24» geben könne (Botschaft GAFI, 666). S. aber Art. 14b BankG betreffend Genossenschaftsbanken, der auf die Meldepflichtbestimmungen im OR verweist (Botschaft FIDLEG/FINIG, 9060).

879 DUBS/BRÜGGER, Transparenz, *passim*; BRÜGGER, Transparenz, 101; vgl. ferner BERISHA, Diffusion, 125 f.

880 DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 291; BRÜGGER, Transparenz, 101. Die Anwendung der Treuhändervinkulierung selbst – also ohne Erfordernis der Offenlegung des wirtschaft-

vorgesehene Treuhändervinkulierung zwingt den Aktionär nicht zur Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten.⁸⁸¹ Ungeachtet dessen hat die Treuhändervinkulierung, wie Art. 697j OR,⁸⁸² eine Transparenz- und Umgehungsverhinderungsfunktion.⁸⁸³ Vor diesem Hintergrund wird die wirtschaftliche Berechtigung in Lehre und Praxis z.T. mit der Treuhändervinkulierung in Verbindung gebracht, wenn auch nicht im Sinne einer Offenlegungspflicht.⁸⁸⁴

Der Hintergrund dieser Meldepflicht ist kein genuin aktienrechtlicher, sondern es handelt sich um eine «geldwäschereirechtliche Ordnung».⁸⁸⁵ Dies wird insb. mit Blick auf die Entstehungsgeschichte deutlich.⁸⁸⁶

Wie Art. 120 Abs. 1 FinfraG erwähnt Art. 697j Abs. 1 OR den Erwerb in gemeinsamer Absprache mit Dritten. Damit stellt sich in ähnlicher Weise die Frage nach der Abgrenzung von wirtschaftlicher Berechtigung und Gruppenthematik.⁸⁸⁷ Zunächst einmal ist zu klären, ob sich diese Absprache und damit die Gruppenthematik gleich verhält wie die Gruppe im Rahmen der börsenrechtlichen Meldepflicht. Die Lehre ist diesbezüglich gespalten.⁸⁸⁸

Zunächst ist kurz in Erinnerung zu rufen, dass die Unterscheidung zwischen Gruppentatbestand und wirtschaftlicher Berechtigung im Rahmen der börsenrechtlichen Meldepflicht darauf fusst, dass die Gruppe eine horizontale Beziehung voraussetzt, die wirtschaftliche Berechtigung eine vertikale.⁸⁸⁹ Anhand eines Beispiels lässt sich aufzeigen, dass die Gruppe i.S.v. Art. 697j

lich Berechtigten – erfordert gemäss h.L. keine statutarische Grundlage (DU PASQUIER/WOLF/OERTLE-BSK OR II, Art. 685b N 15; a.a.O., Art. 685d N 9; GERICKE/JENTSCH, Vinkulierung, 622).

881 TAUCHER, Treuhändervinkulierung, 62, 64 f., 121 a.E.; vgl. auch GERICKE/JENTSCH, Vinkulierung, 623; zu den Unterschieden zur Offenlegungspflicht gemäss Art. 697j OR: TAUCHER, Treuhändervinkulierung, 126 ff.

882 S. dazu unten Rz. 378 f.

883 GERICKE/JENTSCH, Vinkulierung, 621 f.; DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 288; ferner TAUCHER, Treuhändervinkulierung, 62.

884 S. etwa KGer ZG A32015 27 vom 27. Oktober 2016 E. 4.5.5. («SIKA-Entscheid»); DU PASQUIER/WOLF/OERTLE-BSK OR II, Art. 685b N 16a; VISCHER, Prüfungsrecht, 262.

885 KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 3 Rz. 216 [Hervorhebung im Original]; gemäss LUTZ/KERN, GAFL, 305 stammt diese Regelung «zwar aus der Werkstatt der Geldwäschereibekämpfung», greift «aber auch grundlegend in das Gesellschaftsrecht ein»; vgl. auch TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 2 und N 9 f.

886 S. dazu unten Rz. 371 ff.

887 S. oben Rz. 237 für die Abgrenzung und deren Notwendigkeit im Rahmen von Art. 120 Abs. 1 FinfraG.

888 Für Kongruenz: DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 26; PETER/DE ROSSA GISMUNDO, Réflexions, 325; SPOERLÉ-CHK OR, Art. 697j N 21; DERS., Inhaberaktie, Rz. 887 f.; DERS.-ZK OR, Art. 697j N 43 (s. dazu auch unten FN 896). Dagegen: GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 276; VISCHER, Antworten, 12.

889 S. dazu oben Rz. 237.

Abs. 1 OR eine andere Bedeutung hat als diejenige i.S.v. Art. 120 Abs. 1 FinfraG: Eine natürliche Person veranlasst fünf, je zu 100% von ihr gehaltene AG, je 20% der Aktien einer Zielgesellschaft zu erwerben. Die einzelnen erwerbenden Gesellschaften wissen nichts vom Erwerb durch ihre Schwestergesellschaften. Sie wissen u.U. nicht einmal, dass es diese Schwestergesellschaften gibt.⁸⁹⁰ In diesem Fall entsteht, mangels Überschreitung der Meldeschwelle von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte, keine Meldepflicht.⁸⁹¹ Eine Absprache unter den Erwerbern – das verlangt der Gesetzeswortlaut –⁸⁹² liegt nicht vor, sodass eine Addition der erworbenen Anteile nicht in Betracht kommt. Es kommt also keine Meldepflicht zustande. Nur wenn dieser indirekte Erwerbstatbestand – und damit eine vertikale Beziehung –⁸⁹³ ebenfalls unter den «Gruppenbegriff» subsumiert wird,⁸⁹⁴ was dem Zweck und gesetzgeberischen Willen entspricht, muss in diesem Fall die wirtschaftlich berechtigte Person gemeldet werden. Für den Fall, dass die involvierten direkten Erwerber nichts von den jeweils anderen, letztlich durch dieselbe natürliche Person kontrollierten Erwerbern wissen, ist diese dogmatische Abhilfe nutzlos. Es wird nämlich keiner der direkten Erwerber eine Meldung erstatten, da keiner um den «Gruppentatbestand» weiss.⁸⁹⁵

368 Diese Vermengung von horizontalen und vertikalen Relationen unter dem Gruppenbegriff ist eine Folge der Meldepflichtanknüpfung beim formellen Aktionär.⁸⁹⁶ Würde die Meldepflicht beim wirtschaftlich Berechtigten

890 Ein analoges Beispiel, das dieselben Probleme mit sich bringen würde, wäre der Erwerb mittels mehrerer Treuhänder.

891 Auf dieses Problem hinweisend: Global Forum, Review 2020, Rz. 74; KUNZ, Entwicklungen, Rz. 44; mit Verweis auf KUNZ: MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 57.

892 Ebenso BÖCKLI, Aktienrecht 2022, § 3 Rz. 86; VISCHER, Antworten, 12; VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, GAFI-Meldepflicht(en) beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs – Eine Analyse des Erwerbsbegriffs gemäss Art. 697i und Art. 697j OR, EF 2017, 506 ff., 507 a.E.; DIES., Leitfaden, 16.

893 Vgl. EGLE, Anonymität, Rz. 708.

894 Wie etwa EGLE, Anonymität, Rz. 708, der zu Recht darauf hinweist, dass dazu «Auslegungsakrobatik am Rande des methodologisch Zulässigen» erforderlich ist (a.a.O., Rz. 1114 Ziff. 8); TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N 66; ebenso GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 277, der jedoch voraussetzt, dass die direkten Erwerber Kenntnis vom «gemeinsamen» Erwerb haben; ihm folgend: SPOERLÉ-CHKOR, Art. 697j N 23.

895 EGLE, Anonymität, Rz. 710; EQUEY, Forum, Rz. 110; TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N 66.

896 GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 277; vgl. auch VISCHER/GALLI, Leitfaden, 16; SPOERLÉ-CHKOR, Art. 697j N 20 ff. sowie DERS., Inhaberaktie, Rz. 888 scheint diesen wesentlichen Unterschied zu übersehen, wenn er die Anlehnung an die börsenrechtliche Gruppe mit Blick auf die ähnliche Zwecksetzung (Transparenz) begründet, diesen grundlegenden konzeptuellen Unterschied aber nicht erwähnt.

anknüpfen, wie dies im Rahmen der börsenrechtlichen Meldepflicht der Fall ist,⁸⁹⁷ würde dieses Problem nicht auftauchen.⁸⁹⁸

Der Gruppenbegriff und die wirtschaftliche Berechtigung lassen sich also im Rahmen von Art. 697j Abs. 1 OR nicht völlig trennen.⁸⁹⁹ Dies ist für die folgende Untersuchung nicht weiter problematisch, da der Gruppenbegriff die wirtschaftliche Berechtigung nicht modifiziert, sondern sie lediglich rezipiert.⁹⁰⁰ Entsprechend wird nachfolgend auf eine separate Untersuchung der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen von «Gruppentatbeständen» verzichtet.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die wirtschaftliche Berechtigung Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist. Auf die diversen anderen interessanten und teilweise umstrittenen Aspekte der Meldepflicht gemäss Art. 697j OR wird deshalb nicht eingegangen.⁹⁰¹

I. Entstehung

Art. 697j OR wurde per 1. Juli 2015 in Kraft gesetzt und war Teil eines Massnahmenpakets zur Erhaltung der (weitgehenden) Konformität des schweizerischen Geldwäschereiabwehrdispositivs mit den Empfehlungen der GAFI⁹⁰² und des Global Forum.⁹⁰³ Dieses Massnahmenpaket wurde auf nicht unerheblichen internationalen Druck⁹⁰⁴ hin geschnürt und betraf sieben Themenbereiche.⁹⁰⁵ Die hier interessierende Meldepflicht bildete dabei, zusammen mit der Meldepflicht für Inhaberaktionäre, den Kern der Revision.⁹⁰⁶

897 S. dazu oben Rz. 243f.

898 Aus demselben Grund ist die Erfassung von Absprachen auf Stufe der wirtschaftlich Berechtigten problematisch (TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N 67).

899 A.M. wohl VISCHER, Antworten, 14f.

900 Vgl. GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 277; TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N 66f.; VISCHER/GALLI, Leitfaden, 16; für eine klare Trennung der Konzepte: VISCHER, Antworten, 14f.

901 Bspw. Erwerbstatbestände, Auslösungsschwelle und deren Berechnung etc. S. dazu etwa GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 271ff.

902 Botschaft GAFI, 606f., 639 und 651; s. zur GAFI etwa SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 699ff.

903 Botschaft GAFI, 611ff. und 639f.; die Anforderungen des Global Forum im Bereich der Transparenz von juristischen Personen sind strenger als die der GAFI (a.a.O., 615); s. zum Global Forum etwa SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 704ff.

904 BURCKHARDT, Ende, 5ff.; HESS/DETTWILER-BSK OR II, Vor Art. 697i ff. N 2ff.; KUNZ, GAFI, Rz. 7f.; SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 698; DERS.-ZK OR, Vorbemerkungen Art. 697i-m N 1.

905 Botschaft GAFI, 607.

906 GLANZMANN/SPOERLÉ, Global, 88.

372 Dabei handelte es sich «um die umfassendste Revision der Bestimmungen zur Geldwäschereiprävention seit dem Inkrafttreten des Geldwäschereigesetzes 1998 und reicht weit über dieses hinaus.»⁹⁰⁷ Trotz der Bedeutung dieser Bestimmungen für diese Revision, wie für das Geldwäschereiabwehrdispositiv insgesamt, wurde die Vorlage unter Zeitdruck erarbeitet und es gab keine vertiefte parlamentarische Auseinandersetzung mit diesen Transparenzbestimmungen.⁹⁰⁸

373 Die Art. 697i-697m OR sind – wie erwähnt – vor dem Hintergrund der Vorgaben der GAFI und des Global Forum zu sehen. Dabei geht es v.a. um die GAFI-Empfehlung Nr. 24.⁹⁰⁹ Diese verlangt, dass zwecks Verhinderung von Geldwäscherei mittels juristischer Personen⁹¹⁰ für die Länder «adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership [...] of legal persons» greifbar sein muss.⁹¹¹ Ähnliches gilt gemäss den Vorgaben des Global Forum.⁹¹² Somit ist es angezeigt, für Auslegungsfragen (auch) auf diese Regularien zurückzugreifen.⁹¹³ Wie sich die Regelung von Art. 697j OR zu Art. 120 FinfraG sowie zu den Konzepten im GwG verhält, ist indessen umstritten.⁹¹⁴ Klar ist nur, dass die im Vorentwurf noch enthaltene Verweisung auf Art. 2a Abs. 3 GwG entfallen ist.⁹¹⁵

907 KUNZ, GAFI, Rz. 5.

908 EGLE, Anonymität, Rz. 524; detailliert zur Gesetzgebungsgeschichte: a.a.O., Rz. 517 ff.; s. dazu auch SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 693 ff.

909 Botschaft GAFI, 615 sowie insb. auch 659 betreffend Art. 697j OR.

910 Zu den Risiken: KGGT, Geldwäschereirisiken, *passim*.

911 Für die Definition des Beneficial Owner s. GAFI-Empfehlungen, 119 Stichwort «Beneficial owner» sowie GAFI, Transparency, Rz. 15 ff.

912 Vgl. Botschaft GAFI, 615; die Definition des Beneficial Owner deckt sich weitgehend mit derjenigen der GAFI (Global Forum/IDB, Toolkit, 10f.).

913 Ebenso VISCHER/GALLI, 697j I, 484, wobei sich diese Autoren nur auf die GAFI-Empfehlungen beziehen.

914 Gemäss KUNZ, Entwicklungen, Rz. 46 ist «die Meldepflicht gemäss Art. 697j OR nicht vollständig an die Regelung in Art. 120 Abs. 1 FinfraG angepasst», was dieser bedauert; ähnlich GLANZMANN/SPOERLÉ, Global, 88f., wobei diese Autoren betreffend den wirtschaftlich Berechtigten eine Anlehnung an den Kontrollinhaber gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG befürworten (a.a.O., 89; s. auch DIES., Inhaberaktie, 12 und 20). Ebenfalls für eine Anlehnung des wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 697j OR an den Kontrollinhaber: JACQUEMOUD/VIGNIEU, Loi, 541; LUTZ/KERN, GAFI, 307, wobei sich diese Autoren auf *den* Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.d. GwG berufen, was wenig hilfreich ist (s. dazu oben Rz. 362); MATTHEY-CRLBA, Art. 4 N 27; PETER / DE ROSSA GISIMUNDO, Réflexions, 326; SPOERLÉ-CHK Art. 697j N 32f.; DERS., Inhaberaktie, Rz. 923; DERS., Transparenz, 739. Gegen eine solche Anlehnung: TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 16. Von materieller Identität zum Kontrollinhaber ausgehend: HESS/DETTWILER-BSKOR II, Vor Art. 697iff. N 5f.; VISCHER/GALLI, Leitfaden, 19; DIES., 697j I, 485f.

915 GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 12; s. auch FACINCANI, GAFI, 191.

Der BR war der Ansicht, dass die ergriffenen Massnahmen ausreichend seien für die (weitgehende) Erfüllung der Vorgaben der GAFI und des Global Forum.⁹¹⁶ Das Global Forum kam jedoch im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung⁹¹⁷ zum Schluss, dass insb. die Regelung betreffend Transparenz bei juristischen Personen nur teilweise konform war mit den Vorgaben des Global Forum.⁹¹⁸ In der Folge wurde u.a. das Meldepflichtregime in Art. 697j ff. OR revidiert. Die Revision wurde erneut unter erheblichem internationalem und zeitlichem Druck erarbeitet.⁹¹⁹ Die Änderungen traten per 1. November 2019 in Kraft.⁹²⁰

Das Global Forum hat zur (zu verbessernden) Transparenz von juristischen Personen drei Empfehlungen formuliert.⁹²¹ Die zweite dieser Empfehlungen betraf die Einführung einer wirksamen Aufsicht über AG und KmAG.⁹²² Umgesetzt wurde dies mit der Einführung strafrechtlicher (Art. 327 f. StGB) und gesellschaftsrechtlicher (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR) Sanktionen für den Fall von Pflichtverletzungen.⁹²³ In der Vernehmlassung wurden die Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung bemängelt und – insb. vor dem Hintergrund der geplanten Pönalisierung – Klarstellung gefordert.⁹²⁴ Dieses Anliegen wurde vom BR aufgenommen, indem Art. 697j OR neue Abs. 2 und 3 hinzugefügt wurden.⁹²⁵

Diese neuen Bestimmungen wurden in der Vernehmlassung vorgeschlagen⁹²⁶ und wurden – zumindest was die wirtschaftliche Berechtigung anbe-

916 BURCKHARDT, Ende, 6.

917 Global Forum, Peer Review Report Phase 2 – Implementation of the Standard in Practice – Switzerland, Juli 2016.

918 Botschaft Global Forum, 283.

919 Vgl. GERICKE/KUHN, Radikalkur, 1274; Botschaft Global Forum, 283 ff.

920 AS 2019 3161 ff., 3171.

921 Botschaft Global Forum, 293 ff.

922 Botschaft Global Forum, 298.

923 Botschaft Global Forum, 299 ff. Da es keine allgemeine gesellschaftsrechtliche Aufsicht und keine generelle Revisionspflicht gibt, sah der BR dies als einzige valable Option (a.a.O., 299 f.; ferner Erläuterungsbericht Global Forum, 9), obwohl weder die GAFI noch das Global Forum je explizit strafrechtliche Sanktionen verlangten (SPOERLÉ, Marginalisierung, 351). Zu den verworfenen Massnahmen: Erläuterungsbericht Global Forum, 11 f. (sowie a.a.O., 9 f., da diese Massnahmen letztlich nicht umgesetzt wurden (Botschaft GAFI, 289)). S. zu den gesellschafts- und strafrechtlichen Sanktionen etwa SPOERLÉ, Marginalisierung, 351 ff.

924 SIF, Ergebnisbericht, 13 ff. und 20 ff. Darauf wurde in der parlamentarischen Debatte hingewiesen (Votum FLACH (für die Kommission), AB NR 2019, 448).

925 Botschaft GAFI, 290 und 315 ff. Eine gute Darstellung sämtlicher Änderungen in Art. 697j OR findet sich bei KNOBLOCH, Abschaffung, 360.

926 SIF, Ergebnisbericht, 21.

langt – ohne wesentliche materielle Änderungen ins Gesetz überführt.⁹²⁷ Kern dieser Regelungen ist, dass im Falle einer juristischen Person oder Personengesellschaft als Aktionär «jede natürliche Person [als wirtschaftlich Berechtigter] gemeldet werden [muss], die den Aktionär *in sinngemässer Anwendung von Artikel 963 Absatz 2 [OR] kontrolliert.*»⁹²⁸ Interessant an diesem Rückgriff auf das konzernrechtliche Kontrollprinzip ist insb., dass er – soweit ersichtlich – in der Lehre vorgängig nicht postuliert wurde. Da die Meldepflicht und damit diese «Klarstellung» nicht Kernbestandteil der Revision waren,⁹²⁹ gab es keine vertiefte Debatte in den eidgenössischen Räten.⁹³⁰ Erwähnt wurde lediglich, dass diese Präzisierung nur verschachtelte Strukturen betreffe,⁹³¹ was auch in der Botschaft angemerkt wurde.⁹³² Die Veränderungen wurden analog im GmbH-Recht umgesetzt,⁹³³ sodass weiterhin Kongruenz zum Aktienrecht besteht.⁹³⁴

377 Im Hinblick auf die nachfolgende Analyse der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen von Art. 697j OR interessiert hier v.a., ob es mit dieser Revision zu Änderungen in konzeptueller Hinsicht gekommen ist. Bereits ein erster Blick zeigt, dass es bezüglich des Objekts sowie des Subjekts wahrscheinlich nicht zu Änderungen gekommen ist. Deutlich ist demgegenüber, dass die Subjekt-Objekt-Relation mit der gesetzgeberischen «Klarstellung» betreffend wirtschaftliche Berechtigung in mehrstufigen Beteiligungsstrukturen modifiziert wurde. In diesem Punkt ist die ältere Literatur nur noch beschränkt einschlägig.

II. Zweck und Funktion

378 Wie erwähnt, handelt es sich bei den hier interessierenden Normen um eine geldwäschereirechtliche Ordnung.⁹³⁵ Damit liegt die übergeordnete Zweck-

927 Nicht übernommen wurden etwa die Vorschläge betreffend Ausnahmen von der Meldepflicht.

928 Art. 697j Abs. 1 Satz 1 OR [Hervorhebung hinzugefügt].

929 Vgl. Botschaft Global Forum, 289 f.; SPOERLÉ, *Marginalisierung*, 339.

930 Dies obwohl noch eine andere Variante zur Diskussion stand (vgl. *Votum FLACH* (für die Kommission), ABNR 2019, 1012; *Votum BISCHOF* (für die Kommission), ABStR 2019, 299 f.); s. auch unten FN 1084 betreffend die divergierenden (Selbst-)Einschätzungen der gesetzgeberischen Leistung.

931 *Votum BISCHOF* (für die Kommission), ABStR 2019, 299.

932 Botschaft Global Forum, 316.

933 Botschaft Global Forum, 320.

934 Vgl. etwa GERICKE/KUHN, *Radikalkur*, 1279.

935 S. dazu oben Rz. 365 und Rz. 372. Allerdings sind vor dem Hintergrund der Anforderungen des Global Forum – seit der Revision (s. dazu oben Rz. 374 ff.) verstärkt – auch

setzung in der Geldwäschereibekämpfung. Art. 697j OR soll in diesem Zusammenhang (mittelbar) die Attraktivität der AG als Vehikel für Geldwäscher reduzieren.⁹³⁶ Realpolitisch gesehen stand die Umsetzung von (und damit Konformität mit) internationalen Transparenzvorgaben im Vordergrund.⁹³⁷

Ebendiese Transparenzvorgaben schreiben «Massnahmen zur Verhinderung von missbräuchlicher Verwendung von ‹Strohmannaktionären› vor.⁹³⁸ Diese Funktion übernimmt die Meldepflicht betreffend die wirtschaftlich berechnete Person.⁹³⁹ Es geht also auch um die Verhinderung (oder zumindest Erfassung) von Umgehungsversuchen mittels transparenter Zuordnung⁹⁴⁰ von Beteiligungen.

Art. 697j OR fügt sich in ein Transparenzsystem ein, das auch Art. 120 FinfraG sowie Art. 2a Abs. 3 GwG umfasst.⁹⁴¹ Die durch die Meldepflicht von Art. 697j OR gewonnenen Informationen dienen u.a. der Erfüllung der GwG-Pflichten betreffend juristische Personen.⁹⁴² Art. 697j OR hat also bezüglich Art. 2a Abs. 3 GwG eine zudienende Funktion. Eine Folge dieser geldwäschereirechtlichen (Hilfs-)Funktion bzw. Transparenzfunktion ist, dass «die wirtschaftliche Betrachtungsweise vom GwG in das Gesellschaftsrecht überführt [wurde], was einen grundlegenden Eingriff darstellt.»⁹⁴³ Die Funktion von Art. 697j OR in Relation zu Art. 120 FinfraG ist demgegenüber eine komplementäre. Dort wo Art. 120 FinfraG keine Transparenz schafft – bei nicht börsenkotierten Gesellschaften – übernimmt Art. 697j OR diese Funktion.⁹⁴⁴

international-steuerrechtliche Gesichtspunkte relevant (vgl. Botschaft Global Forum, 280; Botschaft GAFI, 606; ferner GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 7f.; detailliert zu den Vorgaben des Global Forum: SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 716ff.).

936 EGLE, Anonymität, Rz. 674f.

937 S. dazu oben Rz. 371ff.; AUBERSON/GIANORA, Anonymat, 2; GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 8; SPOERLÉ, Transparenz, 733. BETTSCHART/FISCHER, Transparence, 106 sowie KNOBLOCH, Abschaffung, 346f. sehen darin gar die einzige Zwecksetzung der Bestimmungen.

938 Botschaft GAFI, 659 mit Verweis auf aGAFI-Empfehlungen, Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 24, Ziff. 15 (entspricht den GAFI-Empfehlungen, Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 24, Ziff. 13).

939 Vgl. Botschaft GAFI, 659; EGLE, Anonymität, Rz. 673 weist darauf hin, dass damit die interne Anonymität in der AG beim Zwischenschalten von natürlichen und juristischen Personen aufgehoben werden soll.

940 Vgl. (mit Bezug auf Art. 963 Abs. 2 OR, auf den Art. 697j Abs. 2 OR verweist) GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 45ff.

941 TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N1 und N10f.

942 Botschaft GAFI, 659 und 683f.

943 LUTZ/KERN, GAFI, 306.

944 Botschaft GAFI, 616; Botschaft Global Forum, 315ff. Die Zwecksetzung der beiden Transparenzbestimmungen unterscheidet sich erheblich (AUBERSON/GIANORA, Anonymat, 2; BETTSCHART/FISCHER, Transparence, 107; für die Zwecksetzung von Art. 120 FinfraG s. oben Rz. 240ff.).

381 In Art. 697j OR dient die wirtschaftlich berechtigte Person – anders als im Börsenrecht –⁹⁴⁵ nicht der Identifizierung des Meldesubjekts, sondern der Identifizierung des Meldeobjekts.⁹⁴⁶ Diese Ausgestaltung bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich,⁹⁴⁷ die teilweise bereits angeschnitten wurden.⁹⁴⁸

382 Vor dem Hintergrund der geldwäschereirechtlichen Funktion der im OR geregelten Meldepflicht ist noch kurz auf die materielle⁹⁴⁹ Rechtsgebietzuordnung einzugehen. Die Doktrin hat sich nicht vertieft mit dieser Frage beschäftigt. Dennoch wird verschiedentlich auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der fraglichen Normen hingewiesen.⁹⁵⁰ Mit Blick auf die üblichen Abgrenzungs- bzw. Zuordnungstheorien⁹⁵¹ ist dem zuzustimmen. Die Interessen- und die Funktionstheorie – und seit der Einführung von Art. 327 f. StGB die Sanktionstheorie – sprechen bei dieser geldwäschereirechtlichen Ordnung⁹⁵² für eine Zuordnung zum (materiellen) öffentlichen Recht. Nur die Subordinationstheorie spricht – abgesehen von den Sanktionsbestimmungen – nicht für diese Zuordnung. Da gemäss Praxis und Doktrin keine dieser Theorien einen Vorrang genießt und eine einzelfallgerechte Lösung zu suchen ist,⁹⁵³ muss bei dieser geldwäschereirechtlichen Ordnung von materiellem öffentlichem Recht ausgegangen werden.

945 Vgl. dazu oben Rz. 243.

946 Vgl. EGLE, Anonymität, Rz. 686 f.; DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 34; GERICKE/KUHN, Meldepflichten, 856; GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 271; KUNZ, GAFI, Rz. 32; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 392; SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 939; TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N 29.

947 EGLE, Anonymität, Rz. 687; DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 34 und N 60; GERICKE/KUHN, Meldepflichten, 856; GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 271; KUNZ, Entwicklungen, Rz. 46; ferner Global Forum, Review 2020, Rz. 77.

948 S. dazu oben Rz. 367 ff.

949 Dass es sich bei diesen OR-Normen formell um Privatrecht handelt, ist nicht zu bestreiten.

950 BÖCKLI, Aktienrecht 2022, § 3 Rz. 87 sowie EQUEY, Forum, Rz. 98 gehen von einer öffentlich-rechtlichen Zielsetzung aus; KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 3 Rz. 216; LUTZ/KERN, GAFI, 305 gehen von geldwäschereibezogenen Vorschriften aus, die *auch* ins Gesellschaftsrecht eingreifen; PETER/DE ROSSA GISIMUNDO, Réflexions, 334 gehen von einer öffentlich-rechtlichen Zielsetzung und öffentlich-rechtlichen Instrumenten aus; STANISLAS, Ayant, 428: «la notion d'ayant droit économique est un concept «administratif»»; TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR COII, Art. 697j N 2 und N 10 gehen von einer öffentlich-rechtlichen Zielsetzung aus; HESS, Unklarheiten, 1171 sieht den aufsichtsrechtlichen Charakter als im Vordergrund stehend und postuliert, dass der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten gleich wie in Art. 2a Abs. 3 GwG (einem öffentlich-rechtlichen Erlass) verstanden werden muss (a.a.O., 1169), legt sich aber letztlich nicht fest.

951 Vgl. KOLLER-BK ZGB 2012, Art. 6 N 28 ff.

952 S. dazu oben Rz. 365 und Rz. 372.

953 KOLLER-BK ZGB 2012, Art. 6 N 61.

III. Subjekt

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass das Subjekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen von Art. 697j OR nicht deckungsgleich ist mit dem Meldesubjekt in dieser Norm.⁹⁵⁴ Meldepflichtig – und damit Subjekt der Meldepflicht – ist der Aktienerwerber.⁹⁵⁵ Dieser muss die wirtschaftlich berechtigte Person – als Objekt der Meldepflicht – melden, die im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung die Subjektrolle einnimmt. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung interessiert das Subjekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung, nicht das Meldesubjekt.

Aus dieser konzeptuellen Sicht ist das Subjekt gemäss klarem Gesetzeswortlaut von Art. 697j Abs. 1 und 2 OR immer eine natürliche Person.⁹⁵⁶ Unklar ist demgegenüber, ob es nur *eine* natürliche Person sein kann.⁹⁵⁷ Darauf wird im Rahmen der Untersuchung der Subjekt-Objekt-Relation noch einzugehen sein,⁹⁵⁸ denn diese bestimmt, ob überhaupt mehrere Personen wirtschaftlich berechtigt sein können.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich in BGer 4A_295/2021 vom 28. März 2022 erstmals⁹⁵⁹ mit den GAFI-Meldepflichten im OR auseinandergesetzt, sich dabei aber nicht zur wirtschaftlichen Berechtigung geäussert.⁹⁶⁰ Da es keine weiteren höchstgerichtlichen Entscheide zur Thematik gibt, ist die wirtschaftliche Berechtigung im Rahmen der GAFI-Meldepflichten im OR (noch) nicht bundesgerichtlich erarbeitet worden. Auch die wenigen kantonalen letztinstanzlichen Entscheide zur Thematik beschäftigen sich, wenn überhaupt, nur oberflächlich

954 S. dazu oben Rz. 381.

955 EGLE, Anonymität, Rz. 686; GERICKE/KUHN, Meldepflichten, 856; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 392; SPOERLÉ-CHK Art. 697j N 38; DERS., Inhaberaktie, Rz. 939; DERS., Transparenz, 740; TRIGO TRINDADE/BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 54. Zur Qualifikation des Aktienerwerbers als Objekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigungs. unten Rz. 388 ff.

956 S. auch Botschaft GAFI, 659; Botschaft Global Forum, 316 ff.

957 Art. 697j Abs. 1 und 4 OR implizieren dies: «Adresse *der* natürlichen *Person* melden» bzw. «Adresse *der* wirtschaftlich berechtigten *Person* melden» [Hervorhebungen hinzugefügt]. Anders Art. 697j Abs. 2 OR: «als wirtschaftlich berechtigte Person *jede* natürliche *Person* gemeldet» [Hervorhebungen hinzugefügt], wobei hier interessanterweise die «wirtschaftlich berechtigte Person» nicht im Plural erwähnt wird.

958 S. dazu unten Rz. 436.

959 GALLI/KÜNDIG/VISCHER, GAFI, Rz. 15.

960 Vgl. GALLI/KÜNDIG/VISCHER, GAFI, Rz. 18.

mit der wirtschaftlichen Berechtigung.⁹⁶¹ Die wirtschaftliche Berechtigung im Rahmen der GAFI-Meldepflichten im OR harrt also noch der gerichtlichen Konkretisierung.

B. Lehre

- 386 Angesichts der klaren gesetzlichen Grundlage herrscht in der Lehre Einigkeit, dass jeweils eine natürliche Person Subjekt sein muss.⁹⁶²

C. Stellungnahme

- 387 Mit Blick auf den klaren Gesetzeswortlaut und die h.L. ist festzuhalten, dass nur eine natürliche Person Subjekt sein kann. Personenmehrheiten fallen somit als Subjekt ausser Betracht. Ob mehrere Subjekte für ein Objekt bestehen können, ist eine Frage der Subjekt-Objekt-Relation und wird entsprechend dort geklärt.⁹⁶³

IV. Objekt

- 388 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass das Objekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung nicht dem Meldeobjekt entspricht.⁹⁶⁴
- 389 Gemäss dem Wortlaut von Art. 697j OR ist derjenige, der eine qualifizierte Beteiligung von 25% oder mehr des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erwirbt, das Objekt.⁹⁶⁵ Die Erwerbseigenschaft ist insofern irrelevant, als der Erwerb (nur) der meldepflichtauslösende Tatbestand ist⁹⁶⁶ und für die

961 HGer ZH HG150280-O vom 8. Dezember 2017 E. 1.3.4. beschränkt sich auf eine Wiedergabe des Gesetzestexts; ähnlich KGer GRZK218 58 vom 5. Dezember 2019 E. 12.2., wo aber noch ein Verweis auf BGE 125 IV 139 E. 3. c) erfolgt (s. dazu oben Rz. 138).

962 DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 37; EGLE, Anonymität, Rz. 739; GERICKE/KUHN, Radikalkur, 1279 f.; GLANZMANN/SPOERLÉ, Inhaberaktie, 12; SPOERLÉ-CHK Art. 697j N 26; TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 13; VISCHER/GALLI, 697j I, 483; DIES., 697j II, 1027, 1039.

963 S. dazu unten Rz. 406 ff.

964 Vgl. dazu oben Rz. 383.

965 Gemäss Art. 656a Abs. 2 OR gilt Analoges für den Partizipanten (s. nur DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 2; GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 272; TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 33). Alle diese vorgenannten Autoren äussern sich kritisch, da PS mangels Stimmrecht keinen (schon gar nicht beherrschenden) Einfluss vermitteln können.

966 Anstelle vieler: DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 4.

konzeptuelle Betrachtung der wirtschaftlichen Berechtigung (losgelöst von den Modalitäten der Meldepflicht) nicht von Belang ist. Objekt ist der (qualifizierte) Aktionär. Damit gilt gemäss Gesetzeswortlaut ein intersubjektiver Ansatz.⁹⁶⁷

Im Widerspruch zu diesem Wortlaut steht die Marginalie von Art. 697j OR. Hier ist von «der *an Aktien* wirtschaftlich berechtigten Person»⁹⁶⁸ die Rede. Die Botschaft hat die beiden Ansätze (implizit) kurzerhand als kongruent betrachtet: «Ab einer Beteiligung von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen müssen [die Aktionäre] die natürliche *Person* melden, für die sie letztendlich handeln, das heisst die *Person, die an den Aktien wirtschaftlich berechtigt* ist.»⁹⁶⁹ Die Person für die gehandelt wird, wird also gleichgesetzt mit der Person, die an den Aktien wirtschaftlich berechtigt ist. Die zugrundeliegende Annahme ist wahrscheinlich, dass Kontrolle über den (formellen) Aktionär immer auch Kontrolle über die Aktien bedeutet. Es ist augenfällig, dass dies gerade in Treuhandkonstellationen nicht zwingend der Fall ist.⁹⁷⁰ Wenn es ausgerechnet bei diesem archetypischen Anwendungsfeld⁹⁷¹ der wirtschaftlichen Berechtigung zu Unklarheiten kommt, ist die gesetzgeberische Leistung bescheiden. Eindeutig ist nur, dass nicht die Gesellschaft, an der eine qualifizierte Beteiligung besteht, das Objekt ist.⁹⁷²

M.E. gibt es zwei naheliegende Erklärungen für diese Unklarheit. Entweder war sich der Gesetzgeber nicht bewusst, dass die beiden Ansätze konzeptuell zu unterscheiden sind. Dafür spricht der scheinbar zufällige und austauschbare Gebrauch der beiden Formulierungen in den Botschaften.⁹⁷³ Diese Erklärung bringt leider keine Lösung des Problems mit sich. Oder, und das wäre der zweite Erklärungsansatz, der Gesetzgeber geht von einem bestimmten Verständnis der Formulierung «*letztendlich handeln für*» aus.

967 Dies entspräche den Empfehlungen der GAFI (GAFI-Empfehlungen, 119 Stichwort «Beneficial owner»; ferner GAFI, *Transparency*, Rz. 15 ff.).

968 Marginalie von Art. 697j OR [Hervorhebung hinzugefügt].

969 Botschaft GAFI, 659 [Hervorhebungen hinzugefügt]. Die Botschaft Global Forum erwähnt demgegenüber jeweils die an Aktien wirtschaftlich berechtigte Person (Botschaft Global Forum, 280, 292, 294, 300, 313; Ausnahme: a.a.O., 291).

970 Eine Treuhandgesellschaft kann etwa für ihren Alleinaktionär handeln, der nicht an der – von der Treuhandgesellschaft für einen Dritten gehaltenen – qualifizierten Beteiligung wirtschaftlich berechtigt ist (vgl. für ein ähnliches Problem oben Rz. 349).

971 Vgl. DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 38; EGLE, *Anonymität*, Rz. 752; SPOERLÉ, *Inhaberaktie*, Rz. 905.

972 EGLE, *Anonymität*, Rz. 736. Weder das Gesetz, die Botschaft GAFI, noch die Botschaft Global Forum geben Hinweise auf bzw. Anhaltspunkte für ein solches Verständnis. In der Doktrin wird dies vereinzelt, aber nirgends wirklich deutlich vertreten (s. dazu unten FN 978 sowie Rz. 398).

973 S. dazu oben FN 969.

Wird dieses «letztendliche Handeln für» als «letztendliches Handeln für die wirtschaftlich berechnigte Person *hinsichtlich der Aktien*» verstanden, lösen sich die Widersprüche auf, da sich nun beide Ansätze auf die Aktien beziehen.⁹⁷⁴ Ein solches Verständnis geht allerdings weder aus den Materialien noch dem Gesetzeswortlaut hervor, was gegen diese Erklärung spricht, aber nicht zwingend gegen diesen Lösungsansatz. Dieser verträgt sich aber kaum mit Art. 697j Abs. 2 OR. Hier ist unzweifelhaft die Kontrolle über den Aktionär massgeblich, ohne dass das einschlägige Kontrollkonzept einfach eine Fokussierung bzw. Ausdehnung auf die Aktien zuliesse.⁹⁷⁵ Der Gesetzgeber hat sich hier in nur schwer auflösbare Widersprüche verstrickt. Das Ganze soll hier, mit Blick auf die Zielsetzung dieser Untersuchung,⁹⁷⁶ nicht weiter vertieft werden.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 392 Weder das Bundesgericht noch die oberen kantonalen Instanzen haben sich bisher in der Sache zur wirtschaftlichen Berechnigung im Rahmen der GAFFI-Meldepflichten im OR geäussert.⁹⁷⁷

B. Lehre

- 393 Es gibt in der Lehre kaum Auseinandersetzungen mit dem Objekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechnigung i.S.v. Art. 697j OR. Nichtsdestotrotz lassen sich aus den Auseinandersetzungen mit dem Konzept der wirtschaftlichen Berechnigung einige Rückschlüsse ziehen.
- 394 DETTWILER/HESS äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage. Aus ihren Ausführungen lässt sich auch nichts ableiten, erwähnen sie doch (bewusst oder unbewusst) gleich alle drei möglichen Objekte.⁹⁷⁸

974 Im genannten Beispiel der Treuhandgesellschaft (s. dazu oben FN 970) löste sich so das Problem. Die Treuhandgesellschaft handelt letztendlich für ihren Alleinaktionär. Bezüglich der von ihr für einen Dritten gehaltenen qualifizierten Beteiligung handelt sie aber für den Fiduzianten.

975 Ein möglicher Lösungsansatz wäre, Art. 697j Abs. 1 OR als Grundnorm zu sehen und Art. 697j Abs. 2 OR als Normierung des Regelfalls für juristische Personen und Personengesellschaften, wobei von diesem Regelfall abgewichen werden könnte (namentlich im Fall von Treuhandkonstellationen). Der Gesetzeswortlaut lässt aber ein solches Verständnis von Art. 697j Abs. 2 OR als blossen Regelfall nicht zu.

976 S. dazu oben Rz. 18.

977 S. dazu oben Rz. 385.

978 DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 1 nennen die Gesellschaft, den Aktionär (a.a.O., N 37; wobei diese Äusserungen nicht eindeutig sind) und die Beteiligung (a.a.O., N 45).

EGLE ist – soweit ersichtlich – der Einzige, der sich explizit mit Subjekt und Objekt der wirtschaftlichen Berechtigung auseinandersetzt.⁹⁷⁹ Ihm zufolge «bezieht sich die wirtschaftliche Berechtigung auf die erworbene (bzw. gehaltene) *qualifizierte Beteiligung* an der Gesellschaft».⁹⁸⁰

GERICKE/KUHN äussern sich nicht ausdrücklich, beziehen die wirtschaftliche Berechtigung aber auf den Aktionär, wobei sich ihre Ausführungen auf mehrstufige Beteiligungsstrukturen beschränken.⁹⁸¹

Auch SPOERLÉ äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage nach dem Objekt. Er impliziert jedoch, dass die Aktien das Objekt sind.⁹⁸² Deutlicher äussern sich TRIGO TRINDADE / BERISHA für die sich die wirtschaftliche Berechtigung ebenfalls auf die (qualifizierte) Beteiligung beziehen muss.⁹⁸³

Bei VISCHER/GALLI ist nicht eindeutig, worauf sie die wirtschaftliche Berechtigung beziehen. Genannt werden die Beteiligung wie auch die Gesellschaft, wobei sich Letzteres auf die – mittlerweile überholte –⁹⁸⁴ Analogie zu Art. 2a Abs. 3 GwG stützt.⁹⁸⁵ Eine spätere Publikation dieser Autoren betreffend Art. 697j Abs. 2 OR klärt diese Frage zwar nicht ausdrücklich, beschäftigt sich aber im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich nur mit den juristischen Personen und Personengesellschaften als Aktionären.⁹⁸⁶ Die Beschränkung auf Personengesellschaften kritisieren diese Autoren als zu eng und plädieren unter teleologischen Gesichtspunkten für eine Erfassung aller Rechtsgemeinschaften, womit etwa auch eine Erbengemeinschaft Objekt sein könnte.⁹⁸⁷

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es in der Doktrin kaum (ausdrückliche) Auseinandersetzungen mit dem Objekt gibt. So sind die jeweiligen Aussagen zum Objekt teilweise unklar und/oder widersprüchlich, fast immer aber nur implizit. Entsprechend ist nicht sicher, ob die Autoren sich jeweils bewusst für die eine oder andere Lösung ausgesprochen haben oder ob es sich um nicht intendierte (und damit lediglich hineininterpretierte)

979 EGLE, Anonymität, Rz. 734 ff. Dieser Autor weist darauf hin, dass die Frage «in der Lehre kaum ausdrücklich aufgeworfen» werde, obwohl sie von «eminenter Bedeutung» sei (a.a.O., Rz. 734). Dem ist vollumfänglich zuzustimmen.

980 EGLE, Anonymität, Rz. 736 [Hervorhebung im Original].

981 GERICKE/KUHN, Radikalkur, 1279 f.

982 SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 911; DERS., Transparenz, 739. Für Gruppenstrukturen postulierte dieser Autor eine andere, an Art. 2a Abs. 3 GwG angelehnte Lösung (SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 923; DERS., Transparenz, 739), die mit der Revision von Art. 697j Abs. 2 OR überholt ist.

983 TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 16.

984 Vgl. dazu oben FN 982.

985 Vgl. VISCHER/GALLI, 697j I, 485 f.

986 Vgl. VISCHER/GALLI, 697j II, 1023 ff.

987 VISCHER/GALLI, 697j II, 1025.

Aussagen handelt. Die Frage nach dem Objekt ist also – wohl auch mangels Problembewusstsein – nicht geklärt.

C. Stellungnahme

400 M.E. ist der Aktionär das Objekt, womit jede Entität in Frage kommt, die Aktionär sein kann (insb. juristische und natürliche Personen). Dafür spricht der klare Gesetzeswortlaut und der Wille, die Vorgaben der GAFI umzusetzen, die ebenfalls einen intersubjektiven Ansatz⁹⁸⁸ verfolgen. Dies mag in einigen Situationen unbefriedigend sein,⁹⁸⁹ ist aber mit Blick auf diese eindeutigen Vorgaben hinzunehmen. Es wäre m.E. fragwürdig, den klaren Wortlaut und die gesetzgeberische Intention mit einer *Implikation* aus der Marginalie der einschlägigen Norm zu verdrängen. Damit ist nicht gesagt, dass es nicht sinnvoll wäre, die (qualifizierte) Beteiligung als Objekt zu wählen.⁹⁹⁰ Dies würde das mögliche Problem in Treuhandkonstellationen auf jeden Fall beseitigen.⁹⁹¹

401 Aufgrund des Normzwecks ist aber davon auszugehen, dass der Aktionär als Objekt letztlich nur stellvertretend für das eigentlich anvisierte Objekt steht: die Vermögenswerte der Gesellschaft. Aus geldwäschereirechtlicher Sicht und unter dem Gesichtspunkt der Steuertransparenz ist der Aktionär als solcher wenig interessant, da er keinen wirtschaftlichen Wert aufweist. Die Beteiligung selbst weist zwar einen Wert auf, doch der Schwellenwert von 25% deutet darauf hin, dass es um Kontrolle der Gesellschaft geht, nicht um die Beteiligung als solche (bzw. deren Wert). Geldwäscherei könnte auch mit einer geringeren Beteiligung oder mit Anleihen betrieben werden, die nicht von der Meldepflicht erfasst sind.⁹⁹² Das alles deutet darauf hin, dass es im Ergebnis um die Vermögenswerte der (kontrollierten) Gesellschaft geht, auch wenn das Konzept sich nicht (direkt) darauf bezieht.

402 Das Anknüpfen des Konzepts an den Aktionär als Objekt (oder je nach Meinung an die Beteiligung) ist also nur eine ersatzweise bzw. stellvertretende Anknüpfung. Diese dürfte auf der Annahme basieren, dass der Aktionär eine klar definierte Beziehung zur Beteiligung (bspw. Eigentum) und die Beteiligung wiederum eine gesellschaftsrechtlich klar definierte Beziehung zur Gesellschaft hat (und damit wirtschaftlich gesehen zu deren Vermögen). Aufgrund

988 Zum intersubjektiven Ansatz s. oben FN 452 sowie unten Rz. 745 f.

989 S. dazu das Beispiel oben FN 970.

990 Dies würde das Konzept dem Ansatz von Art. 120 FinfraG annähern (vgl. dazu oben Rz. 263 ff.; KUNZ, *Entwicklungen*, Rz. 46 spricht sich für eine solche Angleichung aus).

991 Vgl. dazu oben Rz. 390.

992 SPOERLÉ, *Inhaberaktie*, Rz. 1119 betreffend Anleihen, wobei dieser Autor auch die Genussscheine erwähnt.

dieser rechtlich eindeutig bestimmten Relationen, so die hier unterstellte Überlegung, kann sich das Konzept auf die Erfassung der deutlich weniger klaren und vielgestaltigeren Relation beschränken; derjenigen zwischen formalem Aktionär und wirtschaftlich Berechtigtem.

Diese «Theorie der stellvertretenden Anknüpfung» stösst hinsichtlich der Partizipanten an ihre Grenzen, da ein Partizipant mangels Stimmrecht keine Kontrolle über die Gesellschaft ausüben kann.⁹⁹³ Entsprechend wird die Erfassung der Partizipanten berechtigterweise kritisiert.⁹⁹⁴ Wenig sinnvoll ist vor diesem Hintergrund die gesonderte Schwellenwertberechnung für Partizipanten gemäss Art. 656b Abs. 4 Ziff. 3 OR.⁹⁹⁵ Diese kann in gewissen Konstellationen zu geradezu absurden Meldepflichten führen.⁹⁹⁶ Die Meldepflicht für Partizipanten ist also insgesamt systemfremd.

Nicht geklärt ist die Frage nach (nicht rechtsfähigen)⁹⁹⁷ Personenmehrheiten als Objekt. Art. 697j Abs. 2 OR geht davon aus, dass Personengesellschaften Objekt sein können, obwohl diese Personengesamtheiten nicht rechtsfähig sind.⁹⁹⁸ Die Lehre hat sich mit der Frage nicht in Bezug auf das Objekt auseinandergesetzt, doch es gibt Ausführungen zum Meldesubjekt, das dem Objekt entspricht.⁹⁹⁹ Diesbezüglich wird vertreten, dass KIG und KmG als Meldesubjekt – und damit als Objekt – in Frage kämen, da sie unter der eigenen Firma Rechte erwerben können und ihr Gesellschafterbestand im Handelsregister publiziert wird.¹⁰⁰⁰ Aus diesen Überlegungen kämen einfache Gesellschaften nicht als Objekt in Frage.¹⁰⁰¹ Dies ist überzeugend und muss auch für Erbgemeinschaften gelten. Damit kommen in diesen Fällen nur die einzelnen Mitglieder dieser Personengesamtheiten als Objekt in Frage, womit wieder die noch ungeklärte Gruppenthematik in den Fokus rückt.¹⁰⁰² Hinsichtlich objektseitiger Personenmehrheiten ist also vieles ungeklärt.

993 Vgl. Art. 656a Abs. 1 OR; s. dazu auch oben FN 965.

994 S. dazu oben FN 965.

995 Vgl. GERICKE ET AL., Aktienrecht, 330.

996 Illustrativ das Beispiel von GERICKE ET AL., Aktienrecht, 330: «Hat eine Gesellschaft ein Aktienkapital von CHF 100'000 und ein Partizipationskapital von CHF 10'000, wäre ein Partizipant mit PS im Nennwert von CHF 2'500 (d.h. 2,3% des Gesamtkapitals, keine Stimmrechte) nach Art. 697j OR meldepflichtig.»

997 Bei Rechtsfähigkeit kann die Personenmehrheit als solche Aktionärin und damit Objekt sein.

998 KIG und KmG sind gemäss Art. 562 OR bzw. Art. 602 OR rechtlich verselbständigt.

999 S. dazu unten FN 1003.

1000 SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 796 f.; TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697i N 51.

1001 Vgl. SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 795.; TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697i N 52.

1002 S. dazu oben Rz. 366 ff.

- 405 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Aktionär das Objekt ist.¹⁰⁰³ Als formal an der qualifizierten Beteiligung Berechtigter steht dieser – mit Blick auf die Zwecksetzung – stellvertretend für das letztlich anvisierte Gesellschaftsvermögen. Nicht geklärt ist der Umgang mit objektseitigen Personenmehrheiten.

V. Subjekt-Objekt-Relation

- 406 Das Gesetz definiert den wirtschaftlich Berechtigten in Art. 697j Abs. 1 OR als «Person [...], für die [der Erwerber] letztendlich handelt».¹⁰⁰⁴ Die Botschaft setzt dies gleich mit der «Person am Ende der Kontrollkette».¹⁰⁰⁵ Die Subjekt-Objekt-Relation umschreibt der Gesetzgeber also (knapp) mit «letztendlich handeln für». Seit der letzten Revision gibt es gemäss Art. 697j Abs. 2 OR noch eine andere Subjekt-Objekt-Relation für den Fall, dass der Aktionär eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ist. In diesem Fall ist entscheidend, wer das Objekt «in sinngemässer Anwendung von Artikel 963 Absatz 2 [OR] kontrolliert.»¹⁰⁰⁶
- 407 Während der («alte») Ansatz von Art. 697j Abs. 1 OR v.a. klassische Treuhandkonstellationen im Blick hat,¹⁰⁰⁷ zielt der («neue») Ansatz von Art. 697j Abs. 2 OR v.a. auf mehrstufige Beteiligungsverhältnisse und dabei insb. auf Konzernsachverhalte.¹⁰⁰⁸ Dies ist nachvollziehbar, doch ist fraglich, ob der gewählte Anknüpfungspunkt richtig ist. Art. 697j Abs. 2 OR, der auf mehrstufige Verhältnisse zielt, greift gemäss Wortlaut nur, wenn der Aktionär eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ist. Wenn sich also etwa eine Gesellschaft einer natürlichen Person als Treuhänder bedient, beurteilt sich der Fall – zumindest gemäss Wortlaut – nicht nach dieser Norm. Art. 697j Abs. 2 OR will zwar *mehrstufige Beteiligungsverhältnisse* erfassen, stellt aber nur darauf ab, ob der formelle *Aktionär* bestimmte Kriterien erfüllt. Diese

1003 Damit steht fest, dass sich Meldesubjekt und -objekt genau umgekehrt zu Subjekt und Objekt im Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung verhalten: Das Meldesubjekt ist das Objekt und das Meldeobjekt ist das Subjekt (vgl. dazu auch oben Rz. 383).

1004 EGLE, Anonymität, Rz. 732 weist zu Recht darauf hin, dass die Legaldefinition äusserst dürftig ist, und bezweifelt deshalb, dass es sich überhaupt um eine solche handelt. Gemäss Global Forum enthält das OR keine Definition der wirtschaftlichen Berechtigung (Global Forum, Review 2020, Rz. 69).

1005 Botschaft GAFI, 659.

1006 Art. 697j Abs. 2 OR.

1007 DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 38; EGLE, Anonymität, Rz. 752; SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 905; DERS.-ZK OR, Art. 697j N 65.

1008 Botschaft Global Forum, 316; ähnlich das Votum BISCHOF (für die Kommission), AB StR 2019, 299; ferner VISCHER/GALLI, 697j II, 1039.

Anknüpfung greift offensichtlich zu kurz. Geschuldet ist dies einer falschen Annahme des Gesetzgebers. Dieser hat die Aktionärseigenschaft als allein massgeblich für die Mehrstufigkeit der Beteiligungsstruktur betrachtet,¹⁰⁰⁹ was – wie das soeben genannte Beispiel zeigt – falsch ist bzw. zu kurz greift.

Zu klären ist noch das Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 697j OR. Die Zwecksetzung von Abs. 2 und die Abgrenzung des Anwendungsbereichs in Abhängigkeit der Aktionärseigenschaft wurden bereits erwähnt. Fraglich ist noch, wie sich die in diesem Abs. 2 definierte wirtschaftliche Berechtigung zu derjenigen in Abs. 1 verhält. Der Gesetzeswortlaut hält nur fest, dass die gemäss Abs. 2 bestimmten Personen «als wirtschaftlich berechtigte» Personen gemeldet werden müssen; sie *sind* – streng grammatikalisch – nicht wirtschaftlich Berechtigte. Die Materialien geben allerdings keinen Hinweis darauf, dass hier mit einer Fiktion gearbeitet werden sollte.¹⁰¹⁰ In der Lehre spricht – soweit ersichtlich – lediglich EQUEY die Thematik an. Er geht von einem einheitlichen Konzept aus, das sich kumulativ aus Art. 697j Abs. 1 OR und Art. 963 Abs. 2 OR erbe, ¹⁰¹¹ sich aber im Ergebnis nur aus Art. 963 Abs. 2 OR zu ergeben scheint.¹⁰¹² Jedenfalls seien nur formelle Kontrollbeziehungen relevant, die wirtschaftliche Risikotragung sei demgegenüber ohne Bedeutung.¹⁰¹³ Der Autor begründet seine Ansicht mit dem – sich aus der Botschaft ergebenden – Willen des BR¹⁰¹⁴ bzw. des Gesetzgebers.¹⁰¹⁵ Diese Beschränkung auf die historische Auslegung ist zum einen methodisch nicht überzeugend, und zum anderen ist dieser angebliche bundesrätliche bzw. gesetzgeberische Wille, zumindest für den Schreibenden, nicht erkennbar, sodass die Ansicht EQUEYS verworfen werden muss. Im Ergebnis ist also nicht klar, ob Art. 697j OR zwei verschiedene Konzepte der wirtschaftlichen Berechtigung normiert oder das eine bloss eine Fiktion ist. Mit Blick auf die Funktionalität der Norm spielt es indes keine Rolle, ob mit einer Fiktion oder mit einem gesonderten Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gearbeitet wird.

1009 Vgl. Botschaft Global Forum, 316: «Bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen, also immer dann, wenn der erwerbende Aktionär eine juristische Person oder Personengesellschaft ist [...]»; dieselbe Überlegung findet sich bereits im *Votum BISCHOF* (für die Kommission), ABStR 2019, 299.

1010 Vgl. etwa *Votum BISCHOF* (für die Kommission), ABStR 2019, 299 f. sowie *Votum BR MAURER*, ABStR 2019, 300, die darauf hindeuten, dass hier ein eigenes Konzept (für den Fall mehrstufiger Beteiligungen) entworfen werden sollte.

1011 EQUEY, Forum, Rz. 120.

1012 Vgl. EQUEY, Forum, Rz. 120 ff., wonach sich die massgeblichen Elemente ausschliesslich aus Art. 963 Abs. 2 OR ergeben; s. dazu auch unten Rz. 420.

1013 EQUEY, Forum, Rz. 121 und Rz. 123.

1014 EQUEY, Forum, Rz. 120.

1015 EQUEY, Forum, Rz. 123.

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 409 Weder das Bundesgericht noch die oberen kantonalen Instanzen haben sich bisher in der Sache zur wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der GAFI-Meldepflichten im OR geäußert.¹⁰¹⁶

B. Lehre

- 410 In der Lehre gibt es eine Vielzahl an Auseinandersetzungen mit der Subjekt-Objekt-Relation. Allerdings beziehen sich viele ältere Beiträge auf mehrstufige Beteiligungsverhältnisse, die in der Zwischenzeit in Art. 697j Abs. 2 OR eine gesonderte Regelung erfahren haben, die von der (älteren) Lehre nicht vorgeschlagen und nicht diskutiert wurde.¹⁰¹⁷ Die ältere Literatur ist deshalb nur begrenzt relevant.¹⁰¹⁸ Da – wie oben aufgezeigt –¹⁰¹⁹ davon auszugehen ist, dass Art. 697j OR zwei verschiedene Ansätze zur Subjekt-Objekt-Relation normiert, sind diese nachfolgend getrennt darzustellen.

1. Subjekt-Objekt-Relation gemäss Art. 697j Abs. 1 OR

- 411 Einleitend ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Art. 697j Abs. 1 OR v.a. Treuhandverhältnisse im Blick hat.¹⁰²⁰
- 412 Für DETTWILER/HESS ist massgeblich, dass «sich zum einen der Erwerb auf [das] Vermögen [der wirtschaftlich berechtigten Person] auswirkt, und sie zum anderen einen Einfluss auf den Erwerb nehmen kann». ¹⁰²¹ Sie berufen sich dabei auf GERICKE/KUHN und folgen ihnen.¹⁰²²
- 413 Gemäss EGGLE ist entscheidend, wer «über das Schicksal der qualifizierten Beteiligung originär bestimmen kann.»¹⁰²³
- 414 GERICKE/KUHN stellen darauf ab, «in wessen Vermögen sich der Erwerb letztlich auswirkt (d.h., von wem das Geld für den Erwerb kommt), sofern diese Person auch Einfluss auf die Erwerbsentscheidung nehmen kann.»¹⁰²⁴

1016 S. dazu oben Rz. 385.

1017 S. dazu oben Rz. 376.

1018 S. dazu oben Rz. 377.

1019 S. dazu oben Rz. 406 ff.

1020 S. dazu oben Rz. 407.

1021 DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 37.

1022 Vgl. den Verweis auf GERICKE/KUHN, Meldepflichten, 856 bei DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 37.

1023 EGGLE, Anonymität, Rz. 745.

1024 GERICKE/KUHN, Meldepflichten, 856.

Damit zerfielen die Subjekt-Objekt-Relation in ein (primäres) wirtschaftliches und ein (sekundäres) Steuerungskriterium.

Einen etwas anderen Ansatz postuliert SPOERLÉ, der darauf abstellt, wem 415 «entweder die mit der Beteiligung verbundenen Stimm- oder Vermögensrechte zukommen.»¹⁰²⁵ Es handelt sich um ein wirtschaftliches und ein Steuerungskriterium, doch sind diese bloss alternativ zu erfüllen mit der Folge, dass es zwei wirtschaftlich Berechtigte geben kann.¹⁰²⁶

Einen nochmals leicht anderen Ansatz vertreten TRIGO TRINDADE / BE- 416 RISHA, obwohl sie dem Ansatz von GERICKE/KUHN im Grundsatz zustimmen.¹⁰²⁷ Ihnen zufolge liegt die Subjekt-Objekt-Relation in einer effektiven Kontrolle des Aktionärs und einem überwiegenen Profitieren von der Beteiligung.¹⁰²⁸ Gemäss TRIGO TRINDADE / BERISHA gibt es also – diesbezüglich stimmen sie mit GERICKE/KUHN überein – zwei kumulative Kriterien; ein wirtschaftliches und ein Steuerungskriterium. Ersteres beziehe sich im Unterschied zu GERICKE/KUHN auf die Beteiligung, nicht bloss den Erwerb, und Letzteres auf den Aktionär, statt wiederum nur auf den Erwerb. Ausserdem scheinen TRIGO TRINDADE / BERISHA von einer Gleichwertigkeit der Kriterien auszugehen.

Nebst diesen eigenständigen Ansätzen gibt es viele Stimmen in der Lehre, 417 welche die wirtschaftliche Berechtigung im Rahmen von Art. 697j OR schlicht mit der wirtschaftlichen Berechtigung bzw. der Kontrollinhaberschaft¹⁰²⁹ i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG gleichsetzen.¹⁰³⁰

1025 SPOERLÉ, *Transparenz*, 739; DERS.-CHK OR, Art. 697j N 29: «Stimmrechte ausüben kann oder [...] Erträge zukommen»; DERS., *Inhaberaktie*, Rz. 911: «Stimmrechtsausübung oder [...] Erträge zukommen»; ähnlich DERS.-ZK OR, Art. 697j N 68 f.

1026 SPOERLÉ, *Transparenz*, 739: «Dies kann zur Folge haben, dass sowohl der Fiduziant als auch der Fiduziar als wirtschaftlich berechtigte Personen gelten»; DERS.-ZK OR, Art. 697j N 69; DERS.-CHK OR, Art. 697j N 29; DERS., *Inhaberaktie*, Rz. 912.

1027 TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 20 a.A.

1028 TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR CO II, Art. 697j N 20.

1029 S. dazu oben Rz. 342 ff.

1030 HESS, *Unklarheiten*, 1169 f.; HESS/DETTWILER-BSK OR II, Vor Art. 697i ff. N 5 f.; JACQUEMOUD/VIGNIEU, *Loi*, 541; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 16; LUTZ/KERN, GAFI, 307 verweisen undifferenziert auf *den* Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung im GwG, was zu weiteren Unklarheiten führt (s. dazu oben Rz. 361 f.); PETER / DE ROSSA GISIMUNDO, *Réflexions*, 326; SPOERLÉ verweist für Gruppenstrukturen auf Art. 2a Abs. 3 GwG (SPOERLÉ-CHK OR, Art. 697j N 32; DERS., *Inhaberaktie*, Rz. 923; DERS., *Transparenz*, 739); VISCHER/GALLI, *Leitfaden*, 19; DIES., 697j I, 486; anders GLANZMANN/SPOERLÉ, die nicht von Identität ausgehen, dies jedoch befürworten würden (GLANZMANN/SPOERLÉ, *Global*, 89; DIES., *Inhaberaktie*, 12 und 20); vgl. auch die Botschaft *Global Forum*, 318, die als Beleg dafür, dass nur natürliche Personen als Subjekt in Frage kommen, ohne weiteren Kommentar (womit das Verhältnis nicht weiter geklärt wird) auf Art. 2a Abs. 3 GwG verweist.

418 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es diverse Ansätze gibt, die Subjekt-Objekt-Relation zu definieren. Dabei sind zwei Hauptstossrichtungen erkennbar. Entweder ist ein Zusammenspiel von Steuerungs- und wirtschaftlichen Kriterien massgeblich, oder es kommt, kraft Verweisung auf den Kontrollinhaber, das formale Kriterium der 25%-Beteiligungsschwelle¹⁰³¹ zur Anwendung.

2. Subjekt-Objekt-Relation gemäss Art. 697j Abs. 2 OR

419 Einleitend ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass Art. 697j Abs. 2 OR mehrstufige Beteiligungsverhältnisse – insb. Konzernsachverhalte – anvisiert, auch wenn der Anknüpfungspunkt bestimmte Aktionärsqualitäten sind (juristische Person oder Personengesellschaft).¹⁰³² Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass es in der Doktrin nicht viele Auseinandersetzungen mit Art. 697j Abs. 2 OR gibt.¹⁰³³ Diesbezüglich kann die Lehre zu Art. 963 Abs. 2 OR, auf den für die Subjekt-Objekt-Relation verwiesen wird, beigezogen werden.¹⁰³⁴

420 Gemäss EQUEY¹⁰³⁵ ist es ausreichend, die *Möglichkeit* zur Kontrolle gemäss einer der in Art. 963 Abs. 2 OR genannten Konstellationen innezuhaben.¹⁰³⁶ Dies habe aber lediglich eine Kontrollvermutung zur Folge, die im Einzelfall umgestossen werden könne.¹⁰³⁷ Im Übrigen ist EQUEY der Ansicht, dass nur formelle, sich auf «accords tangibles» stützende Beziehungen relevant sind, wobei er eine Ausnahme macht für faktische Mehrheiten in Gesellschaftsorganen.¹⁰³⁸

421 GERICKE/KUHN halten fest, dass das Gesetz auf das Element der Kontrolle abstellt, die wiederum durch Art. 963 Abs. 2 OR definiert wird. Dabei genüge gemäss dem Kontrollprinzip die *Möglichkeit*, Kontrolle im Sinne dieser Bestimmung auszuüben.¹⁰³⁹ Diese Möglichkeit, Kontrolle im Sinne einer der drei normierten Varianten auszuüben, führe zu einer (widerlegbaren) Kontrollvermutung.¹⁰⁴⁰

1031 S. dazu oben Rz. 348.

1032 S. dazu oben Rz. 407.

1033 Im Wesentlichen auf eine Wiedergabe des Gesetzestexts beschränken sich bspw. KUNZ, *Entwicklungen*, Rz. 43 ff. sowie SPOERLÉ, *Marginalisierung*, 350.

1034 SPOERLÉ-ZK OR, Art. 697j N 75 vertritt gar die Ansicht, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und Konsistenz «vollumfänglich auf die von der Lehre entwickelten Grundsätze zu Art. 963 Abs. 2 [OR] abgestellt werden [muss]».

1035 Für Kritik am Ansatz EQUEYS s. oben Rz. 408.

1036 EQUEY, *Forum*, Rz. 120.

1037 EQUEY, *Forum*, Rz. 120.

1038 EQUEY, *Forum*, Rz. 121.

1039 GERICKE/KUHN, *Radikalkur*, 1279 f.

1040 GERICKE/KUHN, *Radikalkur*, 1280.

Auch SPOERLÉ vertritt, dass das Vorliegen einer der drei gesetzlich normierten Sachverhalte zu einer Kontrollvermutung führt, wobei jeweils die blosser Möglichkeit zur Kontrolle ausreichend sei.¹⁰⁴¹ Nebst den drei normierten Kontrollsachverhalten, will dieser Autor auch eine «De-facto-Kontrolle» genügen lassen.¹⁰⁴² 422

VISCHER/GALLI vertreten ebenso, dass gemäss Kontrollprinzip die Möglichkeit zur Kontrolle ausreiche und dass Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR lediglich Kontrollvermutungen aufstellen würden.¹⁰⁴³ Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR hingegen stelle keine solche Vermutung auf, denn wer «einen beherrschenden Einfluss ausüben kann» (so der Wortlaut dieser Ziff.), der «kontrolliert rein begriffslogisch ein Unternehmen, sodass die Existenz seiner Kontrolle nicht wi[...]derlegt werden kann.»¹⁰⁴⁴ Im Übrigen sei die Aufzählung der drei Kontrollkriterien abschliessend, und es seien nur «unternehmensrechtliche», nicht aber faktische Kontrollmöglichkeiten relevant.¹⁰⁴⁵ Damit handle es sich um einen formellen Test.¹⁰⁴⁶ 423

Die erwähnten drei gesetzlichen Kontrollvarianten sind gemäss Art. 963 Abs. 2 OR die folgenden: «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn sie: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.» 424

BÖCKLI hebt in seinen Ausführungen zu Art. 963 Abs. 2 OR zunächst das Kontrollprinzip hervor, wonach die blosser Kontrollmöglichkeit, d.h. die «Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses», ausreichend sei.¹⁰⁴⁷ Diese Möglichkeit ergebe sich aus einem der normierten Einflusstat- 425

1041 SPOERLÉ-ZK OR, Art. 697j N76.

1042 SPOERLÉ-ZK OR, Art. 697j N79 nennt als Beispiel die Kontrolle durch eine dauernde Präsenzmehrheit trotz fehlender absoluter Mehrheit in einer Gesellschaft mit atomisiertem Aktionariat.

1043 VISCHER/GALLI, 697j II, 1028.

1044 VISCHER/GALLI, 697j II, 1028.

1045 VISCHER/GALLI, 697j II, 1029 f.; auch rechtlich abgesicherte faktische Kontrollmöglichkeiten, wie etwa Options- und Wandelrechte, reichten nicht aus (a.a.O., 1035).

1046 VISCHER/GALLI, 697j II, 1031.

1047 BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 1199 [Hervorhebung im Original]; DERS., Aktienrecht 2022, § 6 Rz. 1006 a.E.

bestände.¹⁰⁴⁸ Damit sei etwa eine bloss wirtschaftliche Abhängigkeit nicht ausreichend.¹⁰⁴⁹ Die Annahme einer (blossen) Kontrollvermutung lehnt BÖCKLI ab.¹⁰⁵⁰

426 Auch BRAND hebt zunächst hervor, dass die Beherrschungsmöglichkeit ausreichend ist, um den Kontrollbegriff von Art. 963 Abs. 2 OR zu erfüllen.¹⁰⁵¹ Die massgeblichen Beherrschungs(möglichkeits)tatbestände ergäben sich wiederum aus dem Gesetz,¹⁰⁵² wobei BRAND in Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR einen Auffangtatbestand erblickt.¹⁰⁵³ Dieser ist nach seiner Ansicht weit zu verstehen und umfasst «[s]ämtliche Mechanismen, welche [...] eine Kontrolle ermöglichen», und damit etwa besonders ausgeprägte wirtschaftliche Abhängigkeiten.¹⁰⁵⁴ Damit öffnet BRAND das relativ geschlossene System von Art. 963 Abs. 2 OR weit. Gewissermassen als Korrektiv vertritt er, dass es sich jeweils bloss um Kontrollvermutungen handelt, die dem Beweis des Gegenteils zugänglich sind.¹⁰⁵⁵

427 GLANZ/ZIHLER gehen ebenfalls vom Kontrollprinzip und den gesetzlich definierten Tatbeständen aus.¹⁰⁵⁶ Allerdings vertreten sie, dass diese Tatbestände – insb. mit Blick auf Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR – nicht abschliessend sind.¹⁰⁵⁷ Damit ergibt sich für diese Autoren ein weites Verständnis der Kontrolle, das rein tatsächliche Beherrschung genügen lässt,¹⁰⁵⁸ «allerdings nur i.V.m. einer unternehmensrechtlichen Mitwirkungsmöglichkeit.»¹⁰⁵⁹ Diese nachgeschobene Einschränkung scheint im Widerspruch zur Grundaussage zu stehen. Leider führen GLANZ/ZIHLER nicht aus, was sie damit genau meinen.

428 GLANZMANN sieht, vom Kontrollprinzip ausgehend, in den gesetzlichen Tatbeständen widerlegbare Kontrollvermutungen.¹⁰⁶⁰ Ausserdem vertritt er,

1048 Vgl. BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 1200 ff. sowie DERS., Aktienrecht 2022, § 6 Rz. 1007 ff. BÖCKLI äussert dies nicht ausdrücklich, beschränkt aber seine Ausführungen zur Thematik auf diese drei Tatbestände.

1049 BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 1201; DERS., Aktienrecht 2022, § 6 Rz. 1008.

1050 BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 1205; DERS., Aktienrecht 2022, § 6 Rz. 1011.

1051 BRAND, Grenzen, Rz. 160 sowie Rz. 137 ff.

1052 Vgl. BRAND, Grenzen, Rz. 180 ff.

1053 BRAND, Grenzen, Rz. 183.

1054 BRAND, Grenzen, Rz. 183.

1055 BRAND, Grenzen, Rz. 183 sowie Rz. 177.

1056 GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 28 f.

1057 GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 49.

1058 GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 49 f.

1059 GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 50 [Hervorhebung hinzugefügt].

1060 GLANZMANN, Konzern, 37 f.

dass im Rahmen von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR nur rechtlich durchsetzbare Ansprüche massgeblich sein können.¹⁰⁶¹ Mit Blick auf Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR bedeutet das im Ergebnis, dass nach dieser Ansicht überhaupt nur rechtlich durchsetzbare Ansprüche massgeblich sein können.¹⁰⁶²

HANDSCHIN geht ebenfalls vom Kontrollprinzip und widerlegbaren Kontrollvermutungen aus.¹⁰⁶³ Hinsichtlich Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR hält er fest, dass «[d]er Bezug auf <Verträge> oder vor allem <vergleichbare Instrumente> [es erlaubt,] bei der Feststellung der Konsolidierungs[p]flicht auf faktische Elemente abzustellen.»¹⁰⁶⁴ Leider führt HANDSCHIN nicht weiter aus, was er damit meint.

Insgesamt besteht also Einigkeit, dass im Rahmen von Art. 963 Abs. 2 OR aufgrund des Kontrollprinzips die blosse Möglichkeit der Beherrschung ausreichend ist.¹⁰⁶⁵ Ebenso klar ist, dass sich diese Beherrschungsmöglichkeit aus einer der gesetzlich normierten Einflussmöglichkeiten ergeben muss. Diese sind zwar in Art. 963 Abs. 2 OR abschliessend aufgezählt, doch ist unklar, ob es sich bei dessen Ziff. 3 um einen Auffangtatbestand handelt, was die (formal) abschliessende Normierung in Art. 963 Abs. 2 OR «öffnen» würde. Ebenfalls nicht geklärt ist, ob diese Ziff. 3 die Berücksichtigung rein tatsächlicher Beherrschungsmöglichkeiten erlaubt oder ob es sich jeweils um rechtlich durchsetzbare Beherrschungsmöglichkeiten handeln muss. Eine weitere Unsicherheit besteht bezüglich der Qualifikation der in Art. 963 Abs. 2 OR aufgezählten Beherrschungsmöglichkeiten: Handelt es sich um unumstössliche Kontrollvermutungen – d.h. Kontrollfiktionen¹⁰⁶⁶ – oder um widerlegbare Kontrollvermutungen? Es sind also diverse zentrale Punkte betreffend Art. 963 Abs. 2 OR nicht geklärt, was auf Art. 697j Abs. 2 OR durchschlägt. Unzweifelhaft ist, dass mit dem später hinzugefügten Art. 697j Abs. 2 OR der – in der älteren Lehre oft postulierte – Ansatz,¹⁰⁶⁷ dass insb. bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen auf Art. 2a Abs. 3 GwG zurückgegriffen werden könne bzw. müsse, nicht mehr haltbar ist.¹⁰⁶⁸

1061 GLANZMANN, *Konzern*, 39.

1062 Vgl. auch GLANZMANN, *Konzern*, 38.

1063 HANDSCHIN, *Rechnungslegung*, Rz. 937f. und Rz. 940.

1064 HANDSCHIN, *Rechnungslegung*, Rz. 939d a.E.

1065 S. nebst den oben genannten Autoren die Botschaft Rechnungslegungsrecht, 1723; KUNZ, *Konzernrecht*, Rz. 25ff.; NEUHAUS/BAUR-BSK ORII, Art. 963 N 14.

1066 Zum (letztlich irrelevanten) Unterschied zwischen unwiderlegbarer Vermutung und Fiktion: MÜLLER/UHLMANN, *Rechtssetzungslehre*, Rz. 378.

1067 S. dazu oben Rz. 417.

1068 S. für eine Übersicht über ältere Ansätze bei mehrteiligen Beteiligungsstrukturen etwa EGLE, *Anonymität*, Rz. 783ff.; VISCHER/GALLI, 697j I, 487.

C. Stellungnahme

431 Trotz fehlender vertiefter Auseinandersetzung mit der Subjekt-Objekt-Relation auf konzeptueller Ebene zeigt sich – zumindest seit der Revision von Art. 697j OR – eine Zweiteilung. Es gibt eine Subjekt-Objekt-Relation gemäss Art. 697j Abs. 2 OR, die zur Anwendung kommt, wenn der Aktionär (also das Objekt) eine juristische Person oder Personengesellschaft ist, und es gibt eine Subjekt-Objekt-Relation gemäss Art. 697j Abs. 1 OR für alle anderen Fälle.

432 Im Rahmen von Art. 697j Abs. 1 OR ist der zweigliedrige Ansatz, wie ihn TRIGO TRINDADE / BERISHA postulieren, vorzuziehen. Er erlaubt es, bei entsprechender Auslegung, das «Treuhandproblem» zu lösen.¹⁰⁶⁹ Zudem scheint die Kombination von Steuerungskriterium und «wirtschaftlicher Nähe» dem Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung am ehesten gerecht zu werden. Allerdings ist m.E., in Abweichung von TRIGO TRINDADE / BERISHA und insb. mit Blick auf Art. 697j Abs. 2 OR, die blossе Kontrollmöglichkeit ausreichend. Ein Abstellen auf den (oder gar eine Gleichstellung mit dem) Kontrollinhaber ist demgegenüber nicht haltbar. Es vermag das genannte «Treuhandproblem» nicht zu lösen. Ausserdem richtet es sich objektseitig auf (operativ tätige) Gesellschaften,¹⁰⁷⁰ was im Rahmen von Art. 697j Abs. 1 OR konzeptuell verfehlt ist.

433 Bei Art. 697j Abs. 2 OR sind die groben Züge der Subjekt-Objekt-Relation bestimmt; sie ergeben sich aus den drei in Art. 963 Abs. 2 OR genannten Varianten. Klar ist, dass dieser Abs. 2 eine viel enger definierte Subjekt-Objekt-Relation vorsieht als Art. 697j Abs. 1 OR; es reicht zwar die Kontrollmöglichkeit, doch diese beschränkt sich auf die in Art. 963 Abs. 2 OR normierten Kontrollarten und damit nach gewissen Lehrmeinungen auf rechtlich durchsetzbare Instrumente. Insb. die Einschränkung auf rechtlich durchsetzbare Kontrollmöglichkeiten ist m.E. mit Blick auf den Normzweck nicht haltbar. Es bedarf hier einer formunabhängigen, wirtschaftlichen Betrachtung.¹⁰⁷¹ Mit Blick auf den oft referenzierten Kontrollinhaber ist festzuhalten, dass Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR eine absolute¹⁰⁷² Stimmenmehrheit verlangt, nicht bloss 25% des Kapitals oder der Stimmrechte (so Art. 2a Abs. 3 GwG), wobei teilweise

1069 S. dazu oben Rz. 390 f.

1070 S. dazu oben Rz. 345.

1071 Das Global Forum hält mit Blick auf die Meldepflichten im OR fest, dass ein solches Anknüpfen des Kontrollbegriffs an rechtlich durchsetzbare Instrumente den Standards des Global Forum zuwiderläuft (Global Forum, Review 2020, Rz. 74).

1072 GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 32; vgl. auch BRAND, Grenzen, Rz. 180; NEUHAUS/BAUR-BSK OR II, Art. 963 N 16 f.

postuliert wird, dass Präsenzmehrheiten u.U. als ausreichend zu betrachten sind.¹⁰⁷³

Was die Details der Regelung von Art. 963 Abs. 2 OR anbelangt, gibt es 434
 einige Unklarheiten. Nicht nur, aber auch, deshalb ist der Ansatz der Verweisung auf Art. 963 Abs. 2 OR m.E. verfehlt. So bietet dieser Kontrollbegriff keine vernünftige Lösung für das «Treuhandproblem», da unumstösslich der Aktionär das Objekt ist. Es ist zudem fraglich, inwiefern sich dieser Kontrollbegriff auf Personengesellschaften anwenden lässt.¹⁰⁷⁴ Des Weiteren versagt das System, wenn der Aktionär zwar die Voraussetzungen von Art. 697j Abs. 2 OR erfüllt, aber «darüber» eine Kette von natürlichen Personen (etwa Treuhänder) steht. Auf diese Konstellation ist Art. 963 Abs. 2 OR schlicht nicht zugeschnitten – was sich bereits aus dem Ingress ergibt –¹⁰⁷⁵ und versagt.¹⁰⁷⁶ Zu guter Letzt ist darauf hinzuweisen, dass die Verweisung auf Art. 963 Abs. 2 OR möglicherweise zu einer Zirkularität der Definition der wirtschaftlichen Berechtigung führt. Diese Bestimmung enthält den Begriff der indirekten Kontrolle. Dieser Begriff kann selbst für eine wirtschaftliche Berechtigung stehen,¹⁰⁷⁷ was zur erwähnten Zirkularität führen würde; dies bedürfte weiterer Untersuchung.¹⁰⁷⁸

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Art. 697j OR zwei verschiedene 435
 Subjekt-Objekt-Relationen definiert und beide mit diversen Unklarheiten verbunden sind. Das ist eine unbefriedigende Situation. Insb. der Umstand, dass eine so archetypische Konstellation wie die Treuhand (und die Gruppe) bei den gewählten Ansätzen zu erheblichen Problemen führen kann, ist wenig zufriedenstellend. Eindeutig ist immerhin, dass die oft postulierte Gleichsetzung der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 697j OR mit dem Kontrollinhaber i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG nicht (mehr) haltbar ist. Betreffend Art. 697j Abs. 2 OR ist dies seit der mit der Revision eingeführten Verweisung auf Art. 963 Abs. 2 OR offenkundig. Bei Art. 697j Abs. 1 OR ergibt sich das aus dem Objekt

1073 GLANZ/ZIHLER-PK Rechnungslegung, Art. 963 N 34; NEUHAUS/BAUR-BSKOR II, Art. 963 N 17.

1074 Vgl. KUNZ, Konzernrecht, Rz. 220f.

1075 Art. 963 Abs. 2 Ingress OR: «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes *Unternehmen*» [Hervorhebung hinzugefügt]; ferner Botschaft Rechnungslegungsrecht, 1723.

1076 Daran ändert nichts, wenn diese als Einzelunternehmer zu qualifizieren sind (vgl. KUNZ, Konzernrecht, Rz. 223).

1077 S. dazu oben Rz. 233.

1078 Immerhin wurde in der parlamentarischen Debatte erkannt und erwähnt, dass eine Erfassung des indirekten Erwerbs der Aktien nicht sinnvoll wäre (Votum FLACH (für die Kommission), ABNR 2019, 1012). Dies hätte zur Verwischung der Unterschiede zwischen Meldesubjekt und -objekt und damit zu noch mehr Unsicherheit geführt.

gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG (operativ tätige juristische Person) und der darauf gestützt definierten Subjekt-Objekt-Relation (25% an Kapital oder Stimmrechten). Dieser Ansatz ist nicht auf Art. 697j Abs. 1 OR zugeschnitten, wo es im Wesentlichen um natürliche Personen als Aktionäre geht. Eine Verweisung auf den (bzw. Kongruenz mit dem) Kontrollinhaber i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG ist im Rahmen von Art. 697j Abs. 1 und Abs. 2 OR nicht haltbar.

436 Abschliessend ist – wie angekündigt –¹⁰⁷⁹ auf die Frage nach subjektseitigen Personenmehrheiten einzugehen. Aufgrund der Absolutheit der verlangten Kontrolle bzw. Kontrollmöglichkeit ist ausgeschlossen, dass es mehrere wirtschaftlich Berechtigte (für ein Objekt) gibt. Die Frage nach mehreren Personen als *ein* Subjekt ist weniger klar zu beantworten.¹⁰⁸⁰ Aufgrund der Absolutheit der verlangten Kontrolle bzw. Kontrollmöglichkeit sind m.E. Personenmehrheiten als ein Subjekt grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁰⁸¹ Wenn ein Mitglied die Personenmehrheit kontrolliert, ist dieses Mitglied das Subjekt. Wenn niemand solche Kontrolle über die Personenmehrheit ausüben kann, ist die Frage, ob die Personenmehrheit als Entität überhaupt gefestigt genug ist, um selbst Kontrolle ausüben zu können. Dies ist m.E. etwa bei Gesamthandschaften (wie bspw. einer Erbengemeinschaft) nicht ausgeschlossen.

437 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 697j OR zwei verschiedene Subjekt-Objekt-Relationen enthält und beide mit diversen Unsicherheiten behaftet sind. Art. 697j Abs. 1 OR stellt darauf ab, wer das Objekt kontrollieren kann und wirtschaftlich von ihm profitiert. Art. 697j Abs. 2 OR verfolgt einen engeren, formalistischeren Ansatz, der mit der Verweisung auf Art. 963 Abs. 2 OR eine – im Vergleich zu Art. 697j Abs. 1 OR bestimmte – gesetzliche Normierung erfahren hat.

VI. Zusammenfassung

438 Obwohl es viel Literatur zu den GAFI-Meldepflichten im OR gibt, existieren nicht viele vertiefte Auseinandersetzungen mit der wirtschaftlichen Berechtigung auf konzeptueller Ebene. Es wurde zwar viel über die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten in mehrstufigen Beteiligungsstrukturen geschrieben (und allenfalls noch über den verhältnismässig einfachen Fall der

1079 S. dazu oben Rz. 384.

1080 Allgemein gibt es Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen von Art. 697j OR und Personenmehrheiten (vgl. dazu oben Rz. 366 ff. betreffend Gruppensachverhalte).

1081 Ebenso betreffend Art. 697j Abs. 2 OR: VISCHER/GALLI, 697j II, 1039.

Treuhand),¹⁰⁸² doch das ist erstens keine Auseinandersetzung mit dem Konzept als solchem (es gibt wirtschaftlich Berechtigte ausserhalb solcher Strukturen), und zweitens ist gerade diesbezüglich die ältere Literatur nicht mehr einschlägig, da die Global-Forum-Revision in dieser Hinsicht substantielle Änderungen mit sich brachte und die neuere Literatur sich, wenn überhaupt, nur am Rande mit diesem (Neben-)Thema der Revision beschäftigt.

Die wirtschaftliche Berechtigung im Rahmen von Art. 697j OR ist mit vielen Unsicherheiten behaftet. Die einigermaßen gesicherten Eckpunkte sollen im Folgenden kurz dargestellt werden. Subjekt ist jeweils eine natürliche Person. Eine Mehrheit von Subjekten für ein Objekt ist konzeptuell ausgeschlossen. Unklar ist, ob eine Personenmehrheit ein Subjekt sein kann. Dies ist eher zu verneinen. Objekt ist der formelle Aktionär, wobei dieser gewissermaßen als Substitut für das Gesellschaftsvermögen zu betrachten ist. Die Erfassung von Partizipanten ist (u.a.) vor diesem Hintergrund systemfremd. Ungeklärt ist der objektseitige Umgang mit Personenmehrheiten. Art. 697j OR enthält zwei verschiedene Subjekt-Objekt-Relationen. Art. 697j Abs. 1 OR stellt darauf ab, wer das Objekt kontrollieren kann und wirtschaftlich von ihm profitiert. Art. 697j Abs. 2 OR verfolgt einen engeren, formalistischeren Ansatz, der mit der Verweisung auf Art. 963 Abs. 2 OR eine – im Vergleich zu Art. 697j Abs. 1 OR umfassendere – gesetzliche Normierung erfahren hat. Nichtsdestotrotz sind beide Ansätze mit vielen Unsicherheiten verbunden. 439

Bei der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen von Art. 697j OR ist also jedes Element – und damit das Konzept selbst – mit Unsicherheiten behaftet. In Anbetracht dieser beinahe ubiquitären Unsicherheiten wurde viel Kritik geübt.¹⁰⁸³ Auch der später hinzugefügte Art. 697j Abs. 2 OR hat nicht zur Klärung von Unsicherheiten beigetragen. Er brachte nämlich nicht eine Klarstellung des Konzepts mit sich, sondern führte schlicht ein neues Konzept bzw. eine neue, zusätzliche Subjekt-Objekt-Relation ein, ohne dass eine vertiefte Auseinandersetzung damit stattgefunden hätte. 440

Bemerkenswert ist, dass bereits im Gesetzgebungsprozess für den Art. 697j Abs. 2 OR – mit teils drastischen Worten – auf die Probleme hinge- 441

1082 Exemplarisch GLANZMANN, Transparenzvorschriften, 282 ff.; SPOERLÉ, Inhaberaktie, Rz. 906 ff.; VISCHER/GALLI, Leitfaden, 20.

1083 S. etwa GERICKE/KUHN, Radikalkur, 1288; GLANZMANN, Abschaffung, 618 f.; GLANZMANN/SPOERLÉ, Global, 89 f.; KUNZ, Entwicklungen, Rz. 44 ff. sowie Rz. 78 ff.; SPOERLÉ, Marginalisierung, 349 ff. sowie 354; DERS., Inhaberaktie, Rz. 1124; VISCHER/GALLI, 697j I, 482. Diese Autoren beziehen sich zwar teilweise auf die altrechtliche Situation, doch hat die Revision, wie aufgezeigt, nicht zu einer Reduktion der Unsicherheiten geführt – im Gegenteil –, womit die Kritik nach wie vor berechtigt ist.

wiesen wurde.¹⁰⁸⁴ Nichtsdestotrotz kam es – wie erwähnt – nicht zu einer vertieften Auseinandersetzung mit der Materie. Damit wurden vor dem Hintergrund des internationalen Drucks dieselben Fehler wie bei der Einführung des Art. 697j OR erneut gemacht.¹⁰⁸⁵ Ergebnis ist wiederum eine bescheidene gesetzgeberische Qualität, mit deren Folgen sich die Praxis abmühen muss (und zwar unter dem Damoklesschwert¹⁰⁸⁶ der Art. 327f. StGB). Beredtes Zeugnis über die gesetzgeberische Qualität legt die Anleitung des SIF¹⁰⁸⁷ ab. Es ist betrüblich genug, dass das Gesetz offenbar einer solchen Anleitung bedarf; geradezu befremdlich ist, dass die Erforderlichkeit einer Anleitung nicht nach Erlass der Bestimmungen erkannt wurde, sondern die Anleitung in der Botschaft angekündigt wurde.¹⁰⁸⁸ Der Gesetzgeber hat sich also bewusst für eine Normierung entschieden, die einer separaten Anleitung bedarf. Das ist eine bedauerliche Neuheit¹⁰⁸⁹.

1084 Vgl. etwa das *Votum BISCHOF* (für die Kommission), ABStR2019, 518: «In Berücksichtigung der Qualität der Gesetzgebung, die wir hier machen, können Sie das Wort «Morgengrauen» durchaus wörtlich nehmen.» Der *Votant* hat auch an anderer Stelle Zweifel zum Ausdruck gebracht (*Votum BISCHOF* (für die Kommission), ABStR2019, 419). Zu optimistisch hingegen das *Votum FLACH* (für die Kommission), ABNR 2019, 1012 betreffend Art. 697j Abs. 1 und 2 OR sowie Art. 790a Abs. 1 und 2 OR: «Es ist hinlänglich klar, was damit gemeint ist.»

1085 Vgl. SPOERLÉ, *Marginalisierung*, 354; DERS., *Inhaberaktie*, Rz. 1116; ferner KUNZ, *Entwicklungen*, Rz. 78 ff.

1086 Kritisch auch BÖCKLI, *Aktienrecht 2022*, § 3 Rz. 100 ff.

1087 SIF, *Anleitung zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke*, Fassung vom 1. November 2019.

1088 *Botschaft Global Forum*, 298.

1089 KUNZ, *Entwicklungen*, Rz. 80.

§ 10 Schlussbemerkungen zu Teil I

Teil I dieser Untersuchung beinhaltet die Analyse ausgewählter Anwendungsfälle wirtschaftlicher Berechtigung («Vertikalbetrachtung»). Eine vergleichende Betrachtung dieser Anwendungsfälle («Horizontalbetrachtung») enthält der nachfolgende Teil II. Damit ist dieser § 10 lediglich ein kleines Intermezzo zwischen diesen zwei Teilen der Untersuchung. Es bleibt deshalb bei einigen kurzen Schluss- bzw. Zwischenbemerkungen.

Folgende Erkenntnisse ergeben sich bereits vor der eigentlichen Horizontalbetrachtung unmittelbar aus Teil I:

- Es gibt keine gemeinsame Herkunft und keinen gemeinsamen Stammbaum, der alle untersuchten Anwendungsfälle verbindet.¹⁰⁹⁰
- Hinter dem Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung steckt kein einheitliches Konzept; allein das GwG enthält mehrere verschiedene Konzepte unter diesem einen Begriff.¹⁰⁹¹
- Im Rahmen der Diskussion um die wirtschaftliche Berechtigung werden – ungeachtet der inhaltlichen Differenzen – regelmässig dieselben Themen angeschnitten, namentlich die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Strohmänner, Umgehung und Missbrauch bzw. deren Bekämpfung, Zuordnung etc. Es deuten sich abstrahiert von den einzelnen Anwendungsfällen – gewissermassen überkonzeptuell – Gemeinsamkeiten an.
- Alle untersuchten Anwendungsfälle lassen sich (unabhängig von den unterschiedlichen Regelungsgehalten) in sinnvoller Weise in die Elemente der Arbeitsdefinition aufgliedern. Daraus lässt sich keine Einheitlichkeit der Konzepte herleiten, sondern nur, aber immerhin, dass sich die untersuchten Konzepte sinnvoll in die Elemente Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation aufgliedern lassen und diese ein sinnvolles Ganzes bilden. Es gibt also strukturelle Gemeinsamkeiten.

Vor dem Hintergrund der in diesem Teil I aufgezeigten Vielgestaltigkeit und der damit verbundenen Unschärfen erstaunen die Unklarheiten hinsichtlich

¹⁰⁹⁰ S. dazu oben Rz. 66.

¹⁰⁹¹ S. dazu oben Rz. 362.

der Geschichte der wirtschaftlichen Berechtigung nicht. Die Idee, Vermögenswerte einer bestimmten Entität losgelöst von formaljuristischen Ausgestaltungen – d.h. wirtschaftlich betrachtet – zuzuordnen, ist weder komplex noch bahnbrechend (womit nicht gesagt ist, die Umsetzung dieser Idee sei trivial). Vielmehr dürfte sich dies für diverse Rechtsprobleme geradezu aufdrängen; diverse der untersuchten Anwendungsfälle sind Zeugnis davon. Es ist somit plausibel, dass diese Idee und damit verwandte Konzepte bereits vor den in § 3 untersuchten Anwendungsfällen zum Tragen kamen. Die Anfänge (zumindest der Idee) der wirtschaftlichen Berechtigung werden also wohl nie definitiv geklärt werden. Die Diskussion dazu läuft in der Schweiz sicherlich seit den späten 1970er-Jahren und damit wurde auch der Diskurs über die wirtschaftliche Berechtigung als Konzept eröffnet. Dieser Diskurs hat aufgrund der Verbreitung und damit verbundenen Aufmerksamkeit für das Thema gerade in den letzten Jahren an Intensität gewonnen und das Bewusstsein für die diversen Schwierigkeiten im Umgang mit den verschiedenen Anwendungsfällen wirtschaftlicher Berechtigung geschärft.

449 Zu guter Letzt ist noch festzuhalten, dass sich im Laufe der Darstellung der ausgewählten Anwendungsfälle Hinweise auf weitere mögliche Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Berechtigung ergeben haben.¹⁰⁹²

1092 S. dazu etwa oben Rz. 235f. und Rz. 364.

Teil II:

Horizontalbetrachtung

§ 11 Vorbemerkungen zu Teil II

450 In Teil I dieser Untersuchung wurden ausgewählte (mutmassliche) Anwendungsfälle wirtschaftlicher Berechtigung einzeln analysiert. Diese Analysen standen je für sich, ohne dass ein Vergleich untereinander stattgefunden hätte (deshalb der Begriff der Vertikalbetrachtung). In Teil II soll nun dieser Vergleich stattfinden, und zwar quer über alle untersuchten Anwendungsfälle hinweg (deshalb der Begriff der Horizontalbetrachtung).

451 Dazu soll zunächst in § 12 die zentrale Frage nach dem einheitlichen Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung geklärt werden. Dazu gehört insb. eine Auseinandersetzung mit (allfälligen) konzeptuellen Gemeinsamkeiten und Differenzen der verschiedenen untersuchten Anwendungsfälle. Danach sind in § 13 die Erscheinungsformen der Strukturelemente genauer zu beleuchten und zu guter Letzt sind in § 14 die Erkenntnisse aus diesen beiden Betrachtungen zueinander in Bezug zu setzen.

452 Diese vergleichende Betrachtung über die untersuchten Anwendungsfälle hinweg hat zwangsläufig einen gewissen ordnenden und systematisierenden Charakter. Ein bloss deskriptiver Vergleich ohne Ordnung und Systematik würde nur wenig Erkenntnisgewinn hervorbringen. Daraus erhellt, dass sich rechtsdogmatische Aspekte nicht trennscharf von der Horizontalbetrachtung lösen und in Teil III verbannen lassen. Teil II wird deshalb unweigerlich einige rechtsdogmatische Aspekte beinhalten, auch wenn die dogmatische Aufarbeitung schwergewichtig in Teil III erfolgt.

§ 12 Einheitliches Konzept?

Eine der zentralen Fragen, die diese Untersuchung klären soll, ist, ob es ein einheitliches Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt. Wie oben in § 10 dargelegt,¹⁰⁹³ ist diese Frage schon nur mit Blick auf das GwG zu verneinen. Ungeachtet dessen soll der Frage in diesem Paragrafen vertiefter nachgegangen werden. Zu diesem Zweck sind zunächst die Gemeinsamkeiten und Differenzen der untersuchten Anwendungsfälle genauer darzulegen. Daran schliesst sich eine Rückblende auf die Arbeitsdefinition an, welche die bisherigen Untersuchungen strukturiert hat und damit einen Einfluss auf die Ergebnisse haben könnte. 453

I. Gemeinsamkeiten und Differenzen

In diesem Kapitel wird auf die Gemeinsamkeiten und Differenzen unter den untersuchten Anwendungsfällen wirtschaftlicher Berechtigung eingegangen. Dazu werden zunächst Ansichten aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie der Lehre dargelegt und anschliessend – mit Blick auf die in Teil I gewonnenen Erkenntnisse – eine eigene Stellungnahme dazu abgegeben. 454

A. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich bisher nur spärlich zu Gemeinsamkeiten und Differenzen zwischen den untersuchten Anwendungsfällen geäussert. Dies ist wenig überraschend, hat doch diese Thematik im jeweils zu klärenden Einzelfall regelmässig eine (höchstens) geringe Bedeutung. 455

In BGE 125 IV 139 scheint das Gericht die Pflicht zur Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten gemäss VSB und Art. 4 Abs. 1a GwG gleichzusetzen.¹⁰⁹⁵ Damit ist aber nichts über das Konzept als solches gesagt. Im selben Entscheid wurde noch festgehalten, dass der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 305^{ter} StGB der VSB entnommen wurde.¹⁰⁹⁶ Ungeachtet dessen 456

1093 S. dazu oben Rz. 445.

1094 Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen konkreten Ausgestaltungen der untersuchten Anwendungsfälle erfolgt unten in § 13.

1095 BGE 125 IV 139 E. 3. a) S. 142.

1096 BGE 125 IV 139 E. 3. c).

verneint das Gericht aber einen absoluten inhaltlichen Gleichlauf von VSB und StGB, da es der VSB «lediglich die Funktion einer Auslegungshilfe» zugesteht.¹⁰⁹⁷ Von einem ähnlichen Näheverhältnis, diesmal zwischen GwG und Art. 305^{ter} StGB, scheint BGE 129 IV 338 auszugehen, wobei auch hier nicht von Kongruenz, sondern von einer konkretisierenden Funktion des GwG für Art. 305^{ter} StGB ausgegangen wird.¹⁰⁹⁸ In einem börsenrechtlichen Entscheid hielt das Gericht fest, dass der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung im Börsenrecht autonom auszulegen sei.¹⁰⁹⁹

457 Eine vertiefte Auseinandersetzung mit Gemeinsamkeiten und Unterschieden bzw. Bezügen zwischen den verschiedenen Anwendungsfällen fehlt in diesen Entscheiden und der Erkenntnisgewinn ist beschränkt. Festzuhalten ist, dass gemäss Bundesgericht ein Näheverhältnis zwischen den Anwendungsfällen in der VSB, dem GwG und dem StGB besteht, der börsenrechtliche Anwendungsfall dagegen autonom betrachtet werden muss.

B. Lehre

458 Im Gegensatz zu den bundesgerichtlichen Ausführungen sind die Auseinandersetzungen mit der Frage nach Gemeinsamkeiten, Differenzen und Bezügen zwischen den verschiedenen Anwendungsfällen wirtschaftlicher Berechtigung in der Lehre einlässlicher und umfangreicher ausgefallen.

459 BRÜGGER geht von *einer* Figur bzw. *einem* Begriff aus, wobei verschiedene Definitionsversuche dafür existierten.¹¹⁰⁰ Er geht somit von einem einheitlichen Konzept aus. DUBS/BRÜGGER tendieren ebenfalls in diese Richtung, sprechen sich aber ausdrücklich für «Differenzierungen in einzelnen Bereichen des Finanzmarktrechts» aus, ohne dies zu begründen.¹¹⁰¹

460 EGLE kommt zum Schluss, dass der Gesetzgeber kein normübergreifendes Begriffsverständnis habe, sodass «[d]er Begriff bzw. das Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung [...] deshalb normbezogen auszulegen und anzuwenden [sei], insbesondere unter Berücksichtigung des der Norm zugrunde liegenden Schutzzwecks.»¹¹⁰²

1097 BGE 125 IV 139 E. 3. d) a.E.

1098 Vgl. BGE 129 IV 338 E. 2.3. S. 341.

1099 BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 5.2. (= Pra 2014 Nr. 78).

1100 BRÜGGER, Transparenz, 85.

1101 DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 283f. Im Übrigen weisen diese Autoren a.a.O., 284 ausdrücklich darauf hin, dass «[d]ie Figur des wirtschaftlich Berechtigten [...] nur schwer in allgemeiner Art und Weise fassbar» sei.

1102 EGLE, Anonymität, Rz. 387, vgl. ferner a.a.O., Rz. 451 und Rz. 740.

GERICKE/KUHN gehen implizit von verschiedenen «Kategorien» wirtschaftlicher Berechtigung aus (namentlich die wirtschaftliche Berechtigung gemäss Börsenrecht, GwG und OR bzw. GAFI).¹¹⁰³ In ähnlicher Weise geht GOTSCHEV von unterschiedlichen Begriffsverständnissen im Geldwäschereirecht und im Börsenrecht aus.¹¹⁰⁴ Im Geldwäschereirecht stehe im Vordergrund, wer in vermögensrechtlicher Hinsicht Nutzen und Gefahr trage, im Börsenrecht dagegen, wer tatsächliche Kontrolle ausübe.¹¹⁰⁵

HESS geht «[t]rotz semantischer Unterschiede in den Artikeln 697j Abs. 1 OR und 2a Abs. 3 GwG» davon aus, «dass dem Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person in beiden Gesetzesbestimmungen die gleiche Bedeutung zukommen muss.»¹¹⁰⁶ «Denn es kann nicht sein, dass in der Schweiz aufsichts- und handelsrechtlich unterschiedliche Resultate bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten erzielt werden, zumal die Normen im Handelsrecht und im GwG dem gleichen Bundesgesetz entspringen.»¹¹⁰⁷ Analog äussern sich HESS/DETTWILER.¹¹⁰⁸

KISTLER geht implizit und ohne weitere Begründung von *einer* Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung aus.¹¹⁰⁹

Weniger weit geht KUSTER mit der Ansicht, dass «[d]ie Idee, welche hinter dem Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung steht, [...] trotz Verwendung unterschiedlicher Begriffe [...] in allen Rechtsgebieten die gleiche» ist.¹¹¹⁰ Hintergrund sei die «Annahme, dass jemand über bestimmte Vermögenswerte zwar nicht formellrechtlich, jedoch faktisch verfügen und dementsprechend auch den (wirtschaftlichen) Nutzen daraus ziehen kann, während der formell Berechtigte nur als verlängerter Arm des wirtschaftlich Berechtigten wirkt.»¹¹¹¹

LIEBI/CONOD sind der Ansicht, dass der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung in jedem Erlass autonom ausgelegt werden sollte, «da damit jeweils eine andere Situation bezeichnet wird.»¹¹¹²

1103 GERICKE/KUHN, Meldepflichten, 855.

1104 GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 295 f.

1105 GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 296.

1106 HESS, Unklarheiten, 1169.

1107 HESS, Unklarheiten, 1170.

1108 HESS/DETTWILER-BSK ORII, Vor Art. 697i ff. N 5.

1109 KISTLER, Meldepflicht, 18 f.

1110 KUSTER, Begriff, 290.

1111 KUSTER, Begriff, 290.

1112 LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 45. Konkret auf die Definition der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 697j OR bezogen kommen sie zum Schluss, dass sich diese mit derjenigen von Art. 2a Abs. 3 GwG deckte (a.a.O., Art. 4 N 16).

- 466 MATTHEY geht, zumindest dem Grundsatz nach, von einem einheitlichen Konzept in der VSB, im StGB, in der EBK-Praxis und im GwG aus,¹¹¹³ wohingegen im Börsenrecht lediglich ein «cousin éloigné» zu finden sei.¹¹¹⁴ Später hielt er fest, dass es keine «définition uniforme de l'ayant droit économique» gäbe.¹¹¹⁵
- 467 MEIER-SCHATZ geht von *einer* Rechtsfigur in der VSB, im StGB, im GwG und im Börsenrecht aus.¹¹¹⁶
- 468 NOBEL hält demgegenüber ausdrücklich fest, dass mit der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der GAFI-Meldepflichten im OR «das bisherige Konzept der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 4 GwG durchbrochen bzw. um eine weitere Variante ergänzt» wurde.¹¹¹⁷ Das GwG-Konzept beziehe sich auf Vermögenswerte, während das OR-Konzept sich um «die Kontrolle an juristischen Personen als potenzielle Vertragsparteien von Finanzintermediären» drehe.¹¹¹⁸
- 469 PODA geht – mit einer Ausnahme – implizit von einem einheitlichen Konzept aus, zieht er doch für die Auslegung *des* Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten die VSB, das GwG sowie die GwV-FINMA, die GAFI-Empfehlungen und das StGB bei, ohne irgendwelche Differenzierungen vorzunehmen.¹¹¹⁹ Die erwähnte Ausnahme macht PODA beim Konzept des Kontrollinhabers gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG. Hier sieht PODA eine Notwendigkeit zur Differenzierung.¹¹²⁰ Er betrachtet jedoch die beiden Kategorien wirtschaftlicher Berechtigung nicht als gänzlich verschieden, sondern als zwei Unterkategorien der wirtschaftlichen Berechtigung.¹¹²¹ Gemäss PODA gibt es also unter dem Dach der wirtschaftlichen Berechtigung zwei unterschiedliche Kategorien derselben: die wirtschaftliche Berechtigung an einer operativ tätigen juristischen Person (d.h. Kontrollinhaberschaft i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG) und die wirtschaftliche Berechtigung an einem Vermögenswert.¹¹²²
- 470 POLLI scheint von einem einheitlichen Konzept auszugehen,¹¹²³ wobei sich dies nur auf den wirtschaftlich Berechtigten i.S.d. Geldwäschereibestim-

1113 MATTHEY, *Notion*, 54 ff.

1114 MATTHEY, *Notion*, 65.

1115 MATTHEY-CR LBA, Art. 4 N 32.

1116 MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 177 ff.

1117 NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 6 Rz. 397.

1118 NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 6 Rz. 397.

1119 PODA, *Effets*, 47 ff.

1120 PODA, *Effets*, 53, 75 f., 249.

1121 PODA, *Effets*, 249.

1122 PODA, *Effets*, 52 f., 75 f., 249.

1123 POLLI, *Client*, 178.

mungen (womit offenbar GwG und VSB gemeint sind) bezieht.¹¹²⁴ Dieses Konzept decke sich jedenfalls nicht mit dem Konzept im internationalen Steuerrecht,¹¹²⁵ was aber nicht ein Widerspruch oder eine Inkompatibilität darstelle, sondern lediglich Folge verschiedener Rechtsgrundlagen und Zwecke sei.¹¹²⁶

SCHENKER postuliert eine zweckorientierte autonome Begriffsbestimmung im Börsenrecht und weist darauf hin, dass «diese Begriffsbestimmung [...] daher nicht in allen Facetten mit der Auslegung des Begriffs der «wirtschaftlich berechtigten Person» in anderen Rechtsgebieten überein[stimmt].»¹¹²⁷

Ähnlich äussert sich STADELMANN, für den «es sich beim wirtschaftlich Berechtigten im Börsenrecht weiterhin um eine eigenständige Rechtsfigur handelt».¹¹²⁸

TRIGO TRINDADE / BERISHA sehen in den hier interessierenden Bestimmungen des OR, FinfraG und GwG Teile eines Transparenzsystems.¹¹²⁹ Nichtsdestotrotz enthalte jeder dieser Erlasse eine eigene Definition der wirtschaftlichen Berechtigung an einer juristischen Person.¹¹³⁰ Zu anderen Anwendungsfällen äussern sie sich nicht.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass es eine grosse Zahl an Stellungnahmen zu Bezügen zwischen den verschiedenen Anwendungsfällen wirtschaftlicher Berechtigung gibt. Vielen Positionsbezügen fehlt jedoch eine Begründung und/oder vertiefte Auseinandersetzung mit möglichen Gemeinsamkeiten und Unterschieden. Meist beschränken sie sich auf die Kundgabe eines Ergebnisses, indem sie mehr oder weniger ausdrücklich Gemeinsamkeiten – bis hin zur Kongruenz – oder Unterschiede betonen.

Ungeachtet dessen lassen sich einige inhaltliche Tendenzen feststellen. Zum einen wird verschiedentlich auf das Näheverhältnis zwischen wirtschaftlicher Berechtigung gemäss VSB, StGB und GwG hingewiesen, wenn auch die Intensität dieses Verhältnisses unterschiedlich gewertet wird. Zum anderen wird regelmässig betont, die wirtschaftliche Berechtigung im Börsenrecht sei als autonomes Konzept zu betrachten, da es dabei um Kontrolle und nicht um Vermögenswerte gehe.¹¹³¹ Offen bleibt vor diesem Hintergrund die Verortung

1124 POLLI, Client, 182f.

1125 POLLI, Client, 184.

1126 POLLI, Client, 183.

1127 SCHENKER, Übernahmerecht, 98f.

1128 STADELMANN-FHB Kapitalmarktrecht, Rz. 8.104.

1129 TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR COII, Art. 697j N 1, N 10.

1130 TRIGO TRINDADE / BERISHA-CR COII, Art. 697j N 1. Diese Autorinnen gehen für OR, FinfraG und GwG je von einem «*ayant droit économique de personnes morales*» aus [Hervorhebung hinzugefügt].

1131 S. dazu auch oben Rz. 58.

der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss OR.¹¹³² Ebenso ungeklärt bleibt die Situation der Konzepte im VStG und SchKG.¹¹³³

C. Stellungnahme

- 476 Dass Bundesgericht und Lehre auf Gemeinsamkeiten der wirtschaftlichen Berechtigung im Rahmen der VSB, des StGB und des GwG hinweisen, ist mit Blick auf die Entstehungsgeschichte¹¹³⁴ wenig überraschend und in der Sache nicht gänzlich von der Hand zu weisen.¹¹³⁵ In Anbetracht der diversen Unklarheiten¹¹³⁶ und der verschiedenen Begriffsverständnisse allein im GwG¹¹³⁷ sollte aber nicht allzu freimütig auf inhaltliche Kongruenz geschlossen werden. Plausibler ist in dieser Hinsicht der Ansatz von KUSTER, der – gewissermassen auf höherer Abstraktionsebene – von einer gemeinsamen Idee ausgeht.¹¹³⁸ Dies ist mit Blick auf die ähnliche Zwecksetzung und Historie, aber auch auf die unterschiedlichen konzeptuellen Ausgestaltungen überzeugend.
- 477 Lehre und Rechtsprechung sind sich (mehrheitlich) einig darin, dass die wirtschaftliche Berechtigung im Börsenrecht autonom ausgelegt werden muss. Das deckt sich wiederum mit der Entstehungsgeschichte, die keine Verbindungen zu anderen Anwendungsfällen aufweist.¹¹³⁹ Auch auf der Ebene der einzelnen Strukturelemente zeigen sich Unterschiede. So können im börsenrechtlichen Kontext, anders als im geldwäschereirechtlichen (Art. 305^{ter} StGB sowie Art. 4 GwG), nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen Subjekt sein und Objekt ist nicht irgendein Vermögenswert, sondern Aktien und deren Derivate.¹¹⁴⁰
- 478 Die untersuchten Konzepte im VStG und im SchKG haben enge Bezüge zu (blossen) Rechtsmissbrauchsbestimmungen. Das Recht zur Nutzung i.S.d. VStG hat sich davon weitgehend gelöst und es hat eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung damit stattgefunden. Beim wirtschaftlichen Verfügen gemäss SchKG ist dies kaum der Fall. Entsprechend ist die Verortung

1132 Vgl. dazu oben Rz. 439.

1133 Betreffend Beneficial Ownership im internationalen Steuerrecht (s. dazu oben Rz. 111 ff.) sieht LIÉGEOIS, *Taxation*, 134 Ähnlichkeiten zur wirtschaftlichen Berechtigung im Geldwäschereirecht («slightly dissimilar concept»).

1134 S. dazu oben Rz. 63.

1135 Vgl. nur oben Rz. 177 und Rz. 340.

1136 Vgl. nur oben Rz. 177 und Rz. 340.

1137 S. dazu oben Rz. 362.

1138 S. dazu oben Rz. 464.

1139 S. dazu oben Rz. 59.

1140 Vgl. dazu oben Rz. 177, Rz. 306, Rz. 340.

in Relation zu den anderen untersuchten Anwendungsfällen schwierig und mit Unsicherheiten behaftet. Aufgrund der unterschiedlichen Hintergründe und Historie¹¹⁴¹ ist eine Gleichsetzung aber abzulehnen.

Die von der Lehre verschiedentlich hervorgehobenen Ähnlichkeiten der wirtschaftlichen Berechtigung i. S. d. GAFI-Meldepflichten im OR mit dem Kontrollinhaber sind rechtshistorisch plausibel.¹¹⁴² Auch inhaltlich ergeben sich prima vista Übereinstimmungen, geht es doch bei beiden Konzepten im Endeffekt um die Kontrolle juristischer Personen durch natürliche Personen. Es gibt jedoch Unterschiede. So bezieht sich die wirtschaftliche Berechtigung im OR (zumindest unmittelbar)¹¹⁴³ auf den Aktionär, nicht die (operativ tätige)¹¹⁴⁴ juristische Person. Zudem ist (spätestens) seit der Revision von Art. 697j OR die Subjekt-Objekt-Relation im OR eine gänzlich andere als beim Kontrollinhaber.¹¹⁴⁵ 479

Bereits diese kurzen Quervergleiche zeigen, dass die verschiedenen untersuchten Anwendungsfälle inhaltlich nicht deckungsgleich sind.¹¹⁴⁶ Nur gerade die beiden ursprünglichen geldwäschereirechtlich geprägten Ausgestaltungen in Art. 305^{ter} StGB und Art. 4 GwG weisen grosse Ähnlichkeiten auf. Aufgrund der diversen Unschärfen ist jedoch unklar, ob eine umfassende Kongruenz vorliegt oder nicht. 480

Die mancherorts mehr oder weniger ausdrücklich postulierte Identität der verschiedenen Anwendungsfälle wirtschaftlicher Berechtigung dürfte auf – im Einzelfall nicht immer verbalisierten – Grundannahmen und Postulaten wie der Einheit der Rechtsordnung oder der Identität der Begrifflichkeiten fussen.¹¹⁴⁷ Ein weitere Erklärung ist darin zu sehen, dass viele Auseinandersetzungen mit der wirtschaftlichen Berechtigung sich bei genauerem Hinsehen auf Definitionsversuche der Subjekt-Objekt-Relation beschränken. 481

1141 S. dazu oben Rz. 55f.

1142 S. dazu oben Rz. 61f.

1143 S. dazu oben Rz. 401f.

1144 S. dazu oben Rz. 345.

1145 S. dazu oben Rz. 430.

1146 Vgl. auch die Ausführungen unten in § 13, welche die Verschiedenartigkeit hinsichtlich der einzelnen Elemente aufzeigen.

1147 Exemplarisch HESS, Unklarheiten, 1170 betreffend die wirtschaftliche Berechtigung im OR und im GwG: «Denn es kann nicht sein, dass in der Schweiz aufsichts- und handelsrechtlich unterschiedliche Resultate bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten erzielt werden, zumal die Normen im Handelsrecht und im GwG dem gleichen Bundesgesetz entspringen.» Diese Argumentation erinnert fast ein wenig an den berühmten Schlussatz in MORGENSTERN'S «Die unmögliche Tatsache»: «[...] nicht sein kann, was nicht sein darf.»

Damit fallen allfällige Unterschiede bei Subjekt und Objekt aus dem Fokus, und übrig bleibt eine verkürzte – und hier zugegebenermassen plakativ dargestellte – Definition nach dem Muster «wirtschaftlich berechtigt ist, wer wirtschaftliche Kontrolle ausübt». Dass bei einer solch oberflächlichen Betrachtung v.a. Gemeinsamkeiten auffallen, ist nachvollziehbar. Es ist aber zuzugeben, dass selbst bei detaillierterer Betrachtung viele Definitionsversuche, einschliesslich derjenigen in dieser Untersuchung, aufgrund ihrer immanenten Unschärfe wie blosses Glasperlenspiel erscheinen.

D. Weitere Aspekte

482 Aufgrund der spärlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Gemeinsamkeiten und Differenzen verschiedener Anwendungsfälle wirtschaftlicher Berechtigung und der oft nur knappen Auseinandersetzungen damit in der Lehre sind diverse Aspekte noch gar nicht angeschnitten worden. Im Folgenden soll deshalb auf weitere Gemeinsamkeiten und Differenzen eingegangen werden, die sich aus der Vertikalbetrachtung ergeben haben.

1. Zweck und Funktion

483 Die wirtschaftliche Berechtigung dient je nach Normkontext anderen Zwecken. Eine Gemeinsamkeit ist jedoch bei vielen Anwendungsfällen zu beobachten: Sie weisen (auch) eine Missbrauchs- bzw. Umgehungsverhinderungskomponente auf.¹¹⁴⁸ Das ist mit Blick auf die konzeptuelle Relevanz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wenig überraschend.¹¹⁴⁹ Zwischen wirtschaftlicher Betrachtungsweise und Umgehungsthematiken besteht nämlich ein Näheverhältnis.¹¹⁵⁰

484 Unabhängig vom konkreten Normzweck fällt weiter auf, dass die Zweckorientierung im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung teilweise besonders hervorgehoben wird.¹¹⁵¹ Dies überrascht, v.a. im Zusammenhang mit der Wichtigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, aus methodischen Gründen nicht, denn es besteht eine enge Beziehung zwischen wirtschaftlicher Betrachtungsweise und dem teleologischen Auslegungs-

1148 Vgl. dazu re Geldwäschereirecht im Allgemeinen: Rz. 126; re StGB: Rz. 136 sowie ferner Rz. 150; re SchKG: Rz. 190 ff.; re FinfraG: Rz. 244; re OR: Rz. 379; umstritten re VStG: Rz. 72, Rz. 102 ff.

1149 S. dazu unten Rz. 484; zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise s. unten Rz. 755.

1150 Vgl. KUNZ, *Sondermethodik*, 152; ferner DERS., *Besonderheiten*, Rz. 24; KRAMER, *Methodenlehre*, 245 f.

1151 S. etwa oben Rz. 100, Rz. 242.

element.¹¹⁵² Analoges gilt für das teleologische Element und die Umgehungsverhinderungsfunktion.¹¹⁵³

Des Weiteren haben alle untersuchten Anwendungsfälle eine Transparenzfunktion.¹¹⁵⁴ Sie alle haben zum Zweck, einen bestimmten Zustand durchschaubar zu machen bzw. zu durchschauen.¹¹⁵⁵ Der Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist unverkennbar. Mit der Transparenzfunktion geht aber nicht zwingend eine Publizitätsfunktion einher. Publizität setzt nämlich «eine Vielzahl nicht näher definierter Adressaten voraus.»¹¹⁵⁶ So hat etwa die börsenrechtliche Offenlegungspflicht (und damit die entsprechende Spielart der wirtschaftlichen Berechtigung) eine Publizitätsfunktion. Demgegenüber hat bspw. die obligationenrechtliche Meldepflicht nur eine Transparenzfunktion¹¹⁵⁷, aber (noch)¹¹⁵⁸ keine Publizitätsfunktion, da die Offenlegung hier nur gegenüber der Gesellschaft stattfindet.

Auf einer abstrakteren Ebene ist festzustellen, dass die untersuchten Anwendungsfälle eine Zuordnungsfunktion aufweisen.¹¹⁵⁹ Es wird jeweils einem Subjekt ein Objekt zugeordnet. Diese Zuordnung richtet sich nach der Intensität der Kontrollbeziehung eines Subjekts zu einem Objekt. Die Zuordnungsrichtung ist in einigen Anwendungsfällen umgekehrt. So geht es etwa im Geldwäschereirecht praktisch darum, einem Objekt ein Subjekt zuzuordnen. Auch in solchen Fällen liegt aber eine Zuordnungsfunktion vor. Der Begriff «Funktion» ist in diesem Zusammenhang übrigens durchaus in Anlehnung

1152 Vgl. KUNZ, Besonderheiten, Rz. 22 a.E.; DERS., Sondermethodik, 152; LANZ, Betrachtungsweise, 171, 186; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1238; EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329 erblicken in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gar «ein[en] Sondertypus der teleologischen Auslegung»; ähnlich KOBIERSKI, Durchgriff, 51; WIEDEMANN, Rechtssicherheit, 208; s. dazu auch unten Rz. 669; zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise s. unten Rz. 755.

1153 So betrachtet etwa WANK, Methodenlehre, § 11 Rz. 107 die Gesetzesumgehung als Thema der teleologischen Auslegung; vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, 245; s. dazu auch unten Rz. 696 ff.

1154 S. dazu re StGB: Rz. 126, Rz. 132; re FinfraG: Rz. 240; re GwG: Rz. 126, Rz. 342; re OR: Rz. 364, Rz. 374 f., Rz. 378 ff.

1155 Vgl. die Transparenzdefinition bei JUTZI, Unternehmenspublizität, Rz. 31.

1156 JUTZI, Unternehmenspublizität, Rz. 29.

1157 Transparenz kann «im Gegensatz zur Publizität – in personell klar abgegrenzten Verhältnissen (z.B. im Innenverhältnis) hergestellt werden» (JUTZI, Unternehmenspublizität, Rz. 31).

1158 S. zu entsprechenden Bestrebungen oben Rz. 4.

1159 Re VStG: Rz. 71; re StGB: Rz. 132, Rz. 154, Rz. 160; re SchKG: LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 26 («Zuordnung»); re Börsenrecht: DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 284 («Zuordnung»); GOTSCHKEV, Aktionärsverhalten, Rz. 343 («Zurechnungsnormen» bzw. «Zurechnungstatbestände»); MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 66 («Zurechnungsnorm»); re GwG: LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 13, N 42 f. («Zuordnung»); re OR: vgl. Rz. 379.

an den mathematischen Funktionsbegriff zu verstehen. Die wirtschaftliche Berechtigung als Zuordnungsfunktion beschreibt nämlich eine Relation zwischen zwei Mengen, indem einem Element einer Menge (hier: mögliche Subjekte) ein Element der anderen Menge (hier: mögliche Objekte) zugeordnet wird.

2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

487 Auch wenn es offensichtlich und damit vielleicht gar etwas müssig ist, dies zu betonen, ist festzuhalten, dass bei allen untersuchten Anwendungsfällen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Anwendung kommt.¹¹⁶⁰ Wichtig und weniger offensichtlich ist die Erkenntnis, dass sich die wirtschaftliche Betrachtungsweise jeweils auf die Subjekt-Objekt-Relation beschränkt.¹¹⁶¹ Es wäre also verkürzt zu sagen, die wirtschaftliche Berechtigung als solche beinhalte eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Sie enthält lediglich ein Strukturelement, das sich einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bedient.

488 In gewissen Rechtsgebieten, namentlich im Steuer-¹¹⁶², Geldwäscherei-¹¹⁶³ sowie allgemein im Finanzmarktrecht¹¹⁶⁴ ist die Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise üblich. In dieser Hinsicht ist die wirtschaftliche Berechtigung in diesen Rechtsgebieten kein Fremdkörper.

489 Auch dem Privatrecht, namentlich dem Gesellschaftsrecht,¹¹⁶⁵ ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht (mehr) fremd.¹¹⁶⁶ Nichtsdestotrotz wurde und wird die hier interessierende Meldepflicht als Fremdkörper wahrgenommen. Der Grund dafür ist nicht in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu suchen, sondern darin, dass die Meldepflicht mit einer (materiell) geldwäschereirechtlichen Ordnung¹¹⁶⁷ Eingang ins Privatrecht gefunden

1160 Re Art. 697j Abs. 2 OR wird dies z.T. anders gesehen (vgl. dazu oben Rz. 433).

1161 Vgl. dazu oben Rz. 110, Rz. 177, Rz. 231, Rz. 306, Rz. 340; nicht restlos geklärt re GAFI-Meldepflichten im OR: Rz. 439.

1162 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329; KOBIERSKI, Durchgriff, 50; KUNZ, Besonderheiten, Rz. 23; DERS., Sondermethodik, 152; LANZ, Betrachtungsweise, 1, 5 ff.; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 141; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1225; RIEMER, Betrachtungsweise, 129.

1163 LUTZ/KERN, GAFI, 303; NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 144.

1164 KUNZ, Besonderheiten, Rz. 23; DERS., Sondermethodik, 152; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1227 ff.; insb. das börsenrechtlichen Offenlegungsrecht wird «von dieser Methodik beherrscht» (KUNZ, Implenia, 1478; s. auch NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1230).

1165 KUNZ, Besonderheiten, Rz. 23; DERS., Sondermethodik, 152.

1166 LANZ, Betrachtungsweise, *passim*; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1231 ff.; RIEMER, Betrachtungsweise, 134 ff.

1167 S. dazu oben Rz. 365.

hat.¹¹⁶⁸ Ausserdem wurde damit eine systemfremde Aktionärspflicht eingeführt. Die wirtschaftliche Berechtigung wird also im OR mit guten Gründen als Fremdkörper wahrgenommen. Dem SchKG ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise ebenfalls nicht völlig fremd,¹¹⁶⁹ aber sie ist eher unüblich. Der Gesetzgeber sah sich jedenfalls genötigt «den Richter zu wirtschaftlicher Betrachtungsweise [zu] ermuntern».¹¹⁷⁰

Auch im StGB gibt es (nebst dem untersuchten Art. 305^{ter} StGB) Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.¹¹⁷¹ Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise im strafrechtlichen Kontext heikel, was bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung zu heftiger Kritik führte,¹¹⁷² auch wenn sich im konkreten Anwendungsfall wenig praktische Probleme ergeben.¹¹⁷³

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die wirtschaftliche Berechtigung die wirtschaftliche Betrachtungsweise als konstituierendes Element in sich trägt und sich deshalb nicht gleich gut in jedes Rechtsgebiet einfügt.

3. Rechtsgebiet

Die untersuchten Anwendungsfälle wirtschaftlicher Berechtigung verteilen sich in formeller Hinsicht auf alle drei grossen Rechtsgebiete: Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht. In materieller Hinsicht handelt es sich jedoch bei den einschlägigen Normen jeweils um öffentliches Recht.¹¹⁷⁴ Für das Steuerrecht¹¹⁷⁵ allgemein, die börsenrechtliche Meldepflicht¹¹⁷⁶ und das

1168 A.M. wohl LUTZ/KERN, GAFI, 306, die vertreten, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise «dem Gesellschaftsrecht mit der Ausnahme von Missbrauchsfällen fremd» sei. Entsprechend erblicken sie in der Überführung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vom GwG ins Gesellschaftsrecht «einen grundlegenden Eingriff» (ebd.). Diese Autoren hatten wahrscheinlich v.a. den Durchgriff im Blick. Die Annahme, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Gesellschaftsrecht nur dort zur Anwendung gelangt, ist jedoch falsch; zu denken ist etwa an die Treuhändervinkulierung (s. dazu oben Rz. 364) oder das Rechnungslegungsrecht (NOBEL, Betrachtungsweise, 466).

1169 Vgl. RIEMER, Betrachtungsweise, 131.

1170 Botschaft SchKG, 158.

1171 RIEMER, Betrachtungsweise, 131; s. dazu auch oben Rz. 182 ff.

1172 S. dazu oben Rz. 178 ff.

1173 S. dazu oben Rz. 180.

1174 Vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Rechtsfolgen, 2; für WEBER, Anforderungen, 657 ist es jedenfalls «kein zivilrechtliches Konzept».

1175 Statt aller: KOBIERSKI, Durchgriff, 7.

1176 BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 7 Rz. 65; GOTSCHEV, Aktionärsverhalten, Rz. 199; JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 10; LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 1256; METTIER, Offenlegung, 43; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 15 (überraschend ist

aufsichtsrechtliche Geldwäschereirecht¹¹⁷⁷ ist das augenfällig. Weniger eindeutig ist dies betreffend das strafrechtliche Geldwäschereirecht. Allerdings handelt es sich auch da um eine (materiell) aufsichtsrechtliche Bestimmung.¹¹⁷⁸ Das SchKG gehört als Teil des Vollstreckungsrechts zum öffentlichen Recht.¹¹⁷⁹ Mangels anderweitiger Hinweise muss das auch für die hier interessierenden (Teile von) Art. 265f. SchKG gelten. Zu guter Letzt ist festzuhalten, dass auch die GAFI-Meldepflichten im OR als materielles öffentliches Recht zu qualifizieren sind.¹¹⁸⁰

493 Über die Relevanz einer solchen Rechtsgebietszuordnung lässt sich trefflich streiten.¹¹⁸¹ Ungeachtet dessen liegen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht unterschiedliche Wertungselemente zugrunde.¹¹⁸² Eine Vermischung führt deshalb zur Verwischung dogmatischer Grenzen.¹¹⁸³ Das kann die dogmatische Erfassung der (Anwendungsfälle der) wirtschaftlichen Berechtigung erschweren.

4. Stellung und Funktion im Normkontext

494 Die hier interessierenden Konzepte finden sich sowohl auf Tatbestands-¹¹⁸⁴ als auch auf Rechtsfolgeseite¹¹⁸⁵ der jeweiligen Normen. Auch die Funktionen innerhalb der jeweiligen Normen unterscheiden sich erheblich.

495 Im VStG hat das Recht zur Nutzung eine Steuerungsfunktion für den (sekundären) Fiskalzweck der Verrechnungssteuer, nicht aber eine Identifikationsfunktion hinsichtlich des Nutzungsberechtigten.¹¹⁸⁶ Im StGB hingegen

deshalb die Bemerkung dieser Autoren a. a. O., Art. 120 N 177, dass «[a]ls *Besonderheit* [...] zu beachten [ist], dass nach Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA – in *Abweichung von den üblichen zivilrechtlichen Grundsätzen* – der wirtschaftlich Berechtigte meldepflichtig ist» [Hervorhebungen hinzugefügt]; dass das öffentliche Recht sich nicht zwingend an zivilrechtliche Grundsätze hält, ist keine Besonderheit).

1177 LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 1256; ZYSSET/NAGEL, Geltungsbereich, 143 m.w.H.

1178 S. dazu oben Rz. 129. Im Übrigen ist das Strafrecht – nach klassischer Ansicht – Teil des öffentlichen Rechts (KILGUS, Effektivität, Rz. 536 FN 1075).

1179 Vgl. Botschaft SchKG, 5; WOLF-BK ZGB 2012, Art. 5 N 31.

1180 S. dazu oben Rz. 382.

1181 Vgl. etwa KOLLER-BK ZGB 2012, Art. 6 N 69 ff.; eine klare Trennung befürwortend: KILGUS, Effektivität, Rz. 531.

1182 Vgl. KILGUS, Effektivität, Rz. 543 ff.; KOBIERSKI, Durchgriff, 8 ff.

1183 KILGUS, Effektivität, Rz. 545.

1184 Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG; Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB; Art. 265 Abs. 2 SchKG; Art. 120 Abs. 1 FinfraG.

1185 Art. 265a Abs. 3 SchKG; Art. 4 GwG sowie Art. 8a Abs. 1 lit. b GwG; Art. 697j OR.

1186 S. dazu oben Rz. 72.

erfüllt die wirtschaftliche Berechtigung eine Identifikationsfunktion bzw. will diese mittels Pönalisierung sicherstellen.¹¹⁸⁷ Im SchKG dient das wirtschaftliche Verfügen der Zurechnung bestimmter Vermögenswerte zur Sphäre des Schuldners.¹¹⁸⁸ Im Gegensatz zur wirtschaftlichen Berechtigung im StGB wird dabei nicht der wirtschaftlich Berechtigte (Subjekt) gesucht bzw. identifiziert, sondern es werden umgekehrt dem Subjekt zuzuordnende Vermögenswerte (Objekte) identifiziert.¹¹⁸⁹ Im FinfraG bestimmt das Konzept jeweils einen Teil der Meldesubjekte sowie der meldepflichtigen Vorgänge.¹¹⁹⁰ Damit liegt eine Identifikations- und Transparenzfunktion vor. Im GwG sowie im OR erfüllt die wirtschaftliche Berechtigung eine Identifikationsfunktion.¹¹⁹¹

Die untersuchten Anwendungsfälle weisen also in ihrem jeweiligen Normkontext verschiedenartige Funktionen auf, auch wenn oft eine Identifikationsfunktion im Vordergrund steht. 496

5. Rechtsposition des wirtschaftlich Berechtigten

Schon aus rein begrifflichen Gründen drängt sich hinsichtlich des wirtschaftlich Berechtigten die Frage nach dessen allfälliger Rechtsposition auf. Aufgrund der hier im Vordergrund stehenden konzeptuellen Betrachtung interessiert dabei nicht nur die Frage, ob der wirtschaftlich Berechtigte eine Rechtsposition innehat, sondern vielmehr, ob sich eine solche – so sie denn vorhanden ist – aus der wirtschaftlichen Berechtigung ergibt. 497

Im VStG ist die Nutzungsberechtigung eine Rückerstattungsvoraussetzung und hat somit – zusammen mit weiteren Voraussetzungen – eine Rechtswirkung. Mit der Nutzungsberechtigung ist aber keine irgendwie geartete Rechtsposition verbunden. Im StGB ist der wirtschaftlich Berechtigte lediglich Objekt der strafbewehrten Feststellungspflicht.¹¹⁹² Die wirtschaftliche Berechtigung gewährt in diesem Kontext also keine Rechtsposition. Im SchKG liegt der Fokus gar nicht auf dem «wirtschaftlich Verfügenden», sondern auf den zuzuordnenden Vermögenswerten.¹¹⁹³ Subjekt ist kontextbedingt schlicht der Schuldner,¹¹⁹⁴ was eine klar definierte Rechtsposition ist. Diese Rechtsposition ist aber nicht Folge des wirtschaftlichen Verfügens, sondern 498

1187 S. dazu oben Rz. 132.

1188 S. dazu oben Rz. 190.

1189 S. dazu oben Rz. 229.

1190 S. dazu oben Rz. 243.

1191 S. dazu oben Rz. 312 sowie Rz. 381.

1192 S. dazu oben Rz. 132.

1193 Vgl. dazu oben Rz. 229.

1194 S. dazu oben Rz. 201.

dem Normkontext geschuldet;¹¹⁹⁵ das wirtschaftliche Verfügen als solches bringt keine irgendwie geartete Rechtsposition mit sich.

499 Anders ist die Situation im Börsenrecht. Art. 120 Abs. 1 FinfraG knüpft Rechtswirkungen an die Stellung des wirtschaftlich Berechtigten, nämlich eine sanktionsbewehrte¹¹⁹⁶ Meldepflicht. Eine genaue Betrachtung erhellt, dass diese Rechtswirkungen *durch die Norm* an die Position des wirtschaftlich Berechtigten *angeknüpft* werden und nicht unmittelbare Folge bzw. Ausfluss der wirtschaftlichen Berechtigung sind.¹¹⁹⁷ Die wirtschaftliche Berechtigung als solche bringt also – konzeptuell betrachtet – keine Rechtsposition mit sich.

500 Im GwG sowie im OR ist der wirtschaftlich Berechtigte bloss Objekt der Feststellungs- bzw. Identifikationspflicht.¹¹⁹⁸ Was aus konzeptueller Sicht das Subjekt ist, wird in diesem Normkontext in die passive Rolle des Feststellungsobjekts¹¹⁹⁹ gedrängt. Entsprechend ist die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter in diesem Zusammenhang nicht per se mit Rechtswirkungen oder einer Rechtsposition verbunden. Damit ist nicht gesagt, dass die wirtschaftliche Berechtigung nicht in gewissen Konstellationen rechtlich relevant sein kann;¹²⁰⁰ diese Rechtswirkungen ergeben sich aber nicht aus der wirtschaftlichen Berechtigung als solcher, sondern aus weiteren Umständen bzw. Rechtsgeschäften.¹²⁰¹

501 Rechtsgebietsübergreifend kann festgehalten werden, dass der wirtschaftlich Berechtigte immer dann eine Rechtsposition innehat, wenn die Subjekt-Objekt-Relation eine solche voraussetzt.¹²⁰² Diese Rechtsposition ist aber nicht Folge der wirtschaftlichen Berechtigung, sondern deren Voraussetzung.

502 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die untersuchten Anwendungsfälle *als solche* keine Rechtswirkungen zeitigen und damit keine Rechtspositionen verbunden sind. Allfällige Rechtswirkungen im Zusammenhang mit den untersuchten Anwendungsfällen sind Folge der konkreten Art der Einbindung des Konzepts in eine Norm. Keiner der untersuchten Anwendungsfälle bringt eo ipso irgendwelche Rechtsfolgen mit sich bzw. räumt dem wirtschaftlich Berechtigten irgendeine Rechtsposition ein.

1195 Vgl. dazu oben Rz. 201, Rz. 204, Rz. 231.

1196 Vgl. Art. 144 FinfraG sowie Art. 151 FinfraG.

1197 S. dazu oben Rz. 234 sowie ferner Rz. 243.

1198 S. dazu oben re GwG: Rz. 312 sowie ferner Rz. 342 ff., Rz. 351 ff.; re GAFI-Meldepflichten im OR: Rz. 381.

1199 LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 532.

1200 S. dazu etwa PODA, Effets, *passim*; ZELLWEGGER-GUTKNECHT, Rechtsfolgen, *passim*.

1201 So kann bspw. eine an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte Person eine Kontovollmacht innehaben.

1202 Vgl. dazu unten Rz. 560 m.w.H.

E. Ergebnis

Es gibt in Lehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung keine übereinstimmende Haltung zur Frage, ob ein einheitliches Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung existiert. Die Vertikalbetrachtung hat gezeigt, dass es im Detail sehr unterschiedliche Ausgestaltungen gibt. Auch die Stellung innerhalb der Norm sowie die normkontextbezogenen Funktionen variieren stark. Bei diesen letztgenannten Unterschieden handelt es sich aber nicht um konzeptimmanente, sondern normkontextbezogene Differenzen. Ungeachtet dessen ist mit Blick auf die verschiedenen Ausprägungen der untersuchten Anwendungsfälle kein einheitliches Konzept erkennbar. 503

Es gibt auch keine Hinweise, dass der Gesetzgeber je ein solches einheitliches Konzept angestrebt hätte. Vielmehr wurde jeweils ohne Rücksicht auf die bestehenden Konzepte legiferiert. Dass die gegenteilige Auffassung – sozusagen die «Einheitsthese» – dennoch einige Zustimmung erfährt, dürfte verschiedene Gründe haben. Da wäre einmal die Erwartung an den Gesetzgeber, dieser müsse, im Lichte des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung, demselben Rechtsbegriff jeweils dieselbe Bedeutung zukommen lassen. Auf detaillierte Ausführungen zur Einheit der Rechtsordnung kann hier verzichtet werden,¹²⁰³ denn fest steht, dass der Gesetzgeber sich davon nicht hat beeindrucken lassen. Ein weiterer Grund für die Einheitsthese dürfte darin liegen, dass die jeweiligen Anwendungsfälle hinsichtlich Zwecksetzung, Funktion und Konzept einige Ähnlichkeiten aufweisen (dazu sogleich). Ein letzter möglicher Grund für die Einheitsthese mag darin zu suchen sein, dass wirtschaftliche Berechtigung oft mit einem ihrer konstitutiven Elemente – der Subjekt-Objekt-Relation – gleichgesetzt wird. Eine solche unvollständige Betrachtung führt in der Tat zu einer grösseren Ähnlichkeit der verschiedenen Anwendungsfälle.¹²⁰⁴ Es ist jedoch augenfällig, dass sich damit die behauptete Kongruenz dieser Anwendungsfälle nicht begründen lässt. 504

1203 Dazu nur soviel: Dieser Grundsatz gebietet nur «widersprechende Entscheide *im Rahmen des Möglichen* zu vermeiden» (BGE 147 V 114 E. 3.3.1.4. [Hervorhebung hinzugefügt]; BGE 143 II 8 E. 7.3. a.A.; BGE 126 III 129 E. 4.). Aufgrund der fundamentalen inhaltlichen Differenzen auf Stufe der einzelnen Strukturelemente der wirtschaftlichen Berechtigung, liegt ein einheitliches Verständnis nicht mehr im Rahmen des Möglichen. Nur ein Bruch mit der anerkannten juristischen Methodenlehre zugunsten des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung vermöchte diesem (Einheits-)Ergebnis zum Durchbruch zu verhelfen. Eingehend zur Einheit der Rechtsordnung: FELIX, *Einheit, passim*.

1204 Vgl. dazu oben Rz. 481. Überhaupt ist in der Literatur eine Tendenz zu erkennen: Je vertiefter die Auseinandersetzung mit der Thematik ausfällt, desto eher wird die Einheitsthese abgelehnt – und umgekehrt. Eine Ausnahme bildet PODA, Effets, *passim*, der trotz eingehender Analyse von einem einheitlichen Konzept ausgeht.

- 505 Nach dem Gesagten steht fest, dass eine undifferenzierte inhaltliche Gleichsetzung der Konzepte nicht angebracht ist. Ungeachtet dessen sind – wie bereits angeschnitten – auf abstrakterer Ebene einige Ähnlichkeiten erkennbar. So weisen die untersuchten Anwendungsfälle eine überdurchschnittlich starke Zweckbindung, (wahrscheinlich damit verbunden)¹²⁰⁵ eine Umgehungsverhinderungsfunktion und – betreffend ein Strukturelement – eine wirtschaftliche Betrachtungsweise auf. Des Weiteren weisen sie alle eine geringe normative Dichte, eine Transparenz- und eine Zuordnungsfunktion auf. Im Sinne einer Beobachtung ist festzuhalten, dass bei den untersuchten Anwendungsfällen im Rahmen ihrer Entstehung mehr oder weniger starke internationale Einflüsse vorhanden waren, mit Ausnahme des VStG und des SchKG. Überhaupt weisen die untersuchten Anwendungsfälle im VStG und SchKG die geringsten Ähnlichkeiten mit allen anderen untersuchten Anwendungsfällen auf, und zwar rechtshistorisch, funktional und materiell.
- 506 Ungeachtet der abstrakten Ähnlichkeiten ergibt sich aus der Verschiedenheit der untersuchten Anwendungsfälle im Konkreten, dass sich die Frage nach der wirtschaftlichen Berechtigung nicht ohne Normbezug stellen kann. Es wäre falsch, danach zu fragen, ob X wirtschaftlich an Y berechtigt sei. Man kann sich aber bspw. fragen, ob X i.S.v. Art. 4 GwG an Y wirtschaftlich berechtigt ist.

II. Rückblende auf die Arbeitsdefinition

- 507 Die bisherigen Untersuchungen wurden wesentlich durch die Arbeitsdefinition geprägt und strukturiert. Es besteht deshalb das Risiko, dass diese (strukturell und inhaltlich) einen Einfluss auf die Ergebnisse gehabt hat. Aufgrund der geringen normativen Dichte und schwach ausgeprägten inhärenten Struktur sowie der Verschiedenheit der Untersuchungsgegenstände lässt sich dies kaum zuverlässig feststellen. Es ist nicht auszuschließen, dass den Untersuchungsgegenständen aufgrund ihrer geringen inhärenten Struktur eine Vielzahl von Strukturierungen übergestülpt werden könnten, ohne dass sich dies in sinnwidrigen Ergebnissen niederschlagen würde. Deshalb soll nachfolgend nochmals kurz auf die Arbeitsdefinition und ihre strukturierende Funktion eingegangen werden, um der Frage nachzugehen, ob die gewählte Strukturierung den untersuchten Anwendungsfällen aufoktroziert wurde oder ob sie eine sinnvolle Untersuchung möglich machte.

¹²⁰⁵ S. dazu oben Rz. 484.

A. Die Arbeitsdefinition und ihre Elemente

Ausgehend vom Begriff der «Berechtigung» stellt die Arbeitsdefinition¹²⁰⁶ 508 eine Subjekt-Objekt-Relation ins Zentrum der wirtschaftlichen Berechtigung. Daraus ergeben sich die drei Elemente: Subjekt, Objekt sowie deren Beziehung, die Subjekt-Objekt-Relation. Diese Elemente bilden die Struktur der wirtschaftlichen Berechtigung. Inhaltliche Einschränkungen, Zwänge oder Vorgaben ergeben sich daraus nicht. Der Begriff «wirtschaftlich» legt einen Fokus auf ökonomische Aspekte bzw. eine transparente Betrachtung nahe. Auch damit wird der materielle Gehalt höchstens marginal konkretisiert. Auf die Strukturierung hat dies keine Auswirkungen; es bleibt bei der genannten Dreiteilung. Die Arbeitsdefinition führt also zu einer klaren Strukturierung der Untersuchungsgegenstände bzw. der Untersuchung, ohne deren Inhalt zu beeinflussen oder gar vorwegzunehmen.

B. Die Arbeitsdefinition und die analysierten Anwendungsfälle

Nachfolgend ist aufzuzeigen, wie (gut oder schlecht) die – der Arbeitsdefinition folgende – Aufgliederung bzw. Strukturierung der untersuchten Anwendungsfälle im Rahmen der Vertikalbetrachtung funktioniert hat. Dabei ist ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob sich aus dieser Strukturierung Sinnwidrigkeiten oder andere Probleme ergaben. Umgekehrt ist genauso von Interesse, ob sich die Strukturierung als sinnvoll erwiesen hat. Darauf folgen einige Hinweise auf Zusammenhänge zwischen den Strukturelementen, die sich auch im Rahmen dieser Untersuchung gezeigt haben. 509

1. Strukturierung

Die in dieser Arbeit vorgenommene Strukturierung der wirtschaftlichen Berechtigung wurde – soweit ersichtlich – bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre angewendet.¹²⁰⁷ Entsprechend gibt es keine Erfahrungswerte damit. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb notgedrungen auf die Erkenntnisse, die im Rahmen dieser Untersuchung gewonnen werden konnten. 510

¹²⁰⁶ S. dazu oben Rz. 16.

¹²⁰⁷ Eine Ausnahme bildet hier EGLE, der sich ausdrücklich mit Objekt und Subjekt der wirtschaftlichen Berechtigung i.S.v. Art. 697j Abs. 1 OR auseinandersetzt und bezüglich des Objekts darauf hinweist, dass die Frage danach in der Lehre kaum ausdrücklich gestellt werde (EGLE, Anonymität, Rz. 734 sowie die Überschrift davor).

1.1. Pro

511 Insgesamt hat sich die vorgenommene Strukturierung bzw. Aufgliederung in die drei Elemente Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation als mit den untersuchten Konzepten kompatibel erwiesen. Sie führte weder zu Widersprüchen noch ergaben sich anderweitige Probleme. Diese Strukturkompatibilität zwischen der Gliederung gemäss Arbeitsdefinition und den untersuchten Konzepten manifestiert sich in verschiedener Weise. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

1.1.1. Klarer Blick auf die Konzepte

512 In Lehre und Rechtsprechung wird oft nicht ausdrücklich auf das Subjekt eingegangen, sodass aus der – meist ausführlicher beschriebenen – Subjekt-Objekt-Relation Schlüsse gezogen werden müssen.¹²⁰⁸ Nicht zuletzt deshalb gibt es diverse Unklarheiten betreffend das Subjekt.¹²⁰⁹ Gerade bei komplexeren Konstellationen auf Subjektseite (insb. Personenmehrheiten) wirkt sich dies negativ auf die Operabilität des jeweiligen Konzepts aus.

513 Noch unbefriedigender ist die Situation hinsichtlich des Objekts. Auch dieses wird oft nicht erwähnt, sodass Erkenntnisse darüber nicht selten aus den Ausführungen über die Subjekt-Objekt-Relation deduziert werden müssen.¹²¹⁰ Dabei treten teilweise Widersprüche auf, die sich aufgrund der fehlenden Auseinandersetzung mit der Thematik kaum auflösen lassen.¹²¹¹ In Fällen, in denen ein intersubjektiver Ansatz¹²¹² postuliert wird, bleibt zudem vielfach unklar, ob im jeweiligen Fall tatsächlich ein intersubjektiver Ansatz postuliert werden sollte oder ob es sich bloss um eine unglückliche Formulierung handelt oder der jeweilige Autor sich des Unterschiedes nicht bewusst war.¹²¹³

514 Die in dieser Untersuchung vorgenommene Strukturierung stellt sicher, dass alle relevanten Punkte analysiert und definiert werden. Dies wiederum deckt allfällige Widersprüche und Unklarheiten auf und kann diese so verhindern.

1208 S. dazu etwa oben Rz. 76, Rz. 78, Rz. 141, Rz. 260.

1209 S. dazu etwa oben Rz. 83, Rz. 148, Rz. 260, Rz. 387.

1210 S. dazu etwa oben Rz. 358, Rz. 393.

1211 S. dazu etwa oben Rz. 390, Rz. 401 ff.; s. oben Rz. 276 f. für einen Fall, in dem die klare Trennung zwischen Objekt und Subjekt-Objekt-Relation fehlt.

1212 Zum intersubjektiven Ansatz s. oben FN 452 sowie unten Rz. 745 f.

1213 S. dazu etwa oben Rz. 175, Rz. 212, Rz. 337, Rz. 390 f., FN 514.

1.1.2. *Wirksamkeitskontrolle*

Die sich aus der Strukturierung ergebende geordnete Erfassung der Konzepte und ihrer Elemente legt Funktionsdefizite deutlich offen. So ist bspw. im Rahmen von Art. 697j Abs. 2 OR unzweifelhaft, dass die Norm Treuhandverhältnisse derart erfassen soll, dass der Treugeber und nicht der Treuhänder wirtschaftlich berechtigt ist (oder der Treugeber zumindest Glied der «Eigentümerkette» ist). Die Strukturierung legt offen, dass dafür am falschen Objekt angeknüpft wird.¹²¹⁴ In ähnlicher Weise legt die Strukturierung beim wirtschaftlich Berechtigten im Handelsgeschäft Umsetzungsschwierigkeiten offen.¹²¹⁵

Die Strukturierung ermöglicht also durch den ungetrübten Blick auf die Einzelteile der Konzepte eine Funktionskontrolle und erlaubt so – mit Blick auf die Zwecksetzung – eine Wirksamkeitskontrolle.

1.1.3. *Vergleichbarkeit der Konzepte*

Wie erwähnt, kommen etliche (zumeist oberflächliche) Auseinandersetzungen mit der wirtschaftlichen Berechtigung zur Annahme, es gäbe ein einheitliches Konzept.¹²¹⁶ Die Strukturierung führt notwendigerweise zu einer vertieften Analyse und zeigt auch kleine Unterschiede deutlicher auf. So treten konzeptuelle Unterschiede besser zutage und die Konzepte werden besser vergleich- und unterscheidbar.

1.1.4. *Abgrenzungen*

Die teilweise wenig strukturierten, diffusen Definitionen der Konzepte wirtschaftlicher Berechtigung erschweren die Abgrenzung von anderen Themenkomplexen. Das zeigt sich exemplarisch bei der Gruppenthematik.¹²¹⁷ Die Gruppe (als Subjekt-Subjekt-Verhältnis) lässt sich mit der Strukturierung einfacher von der wirtschaftlichen Berechtigung (als Subjekt-Objekt-Verhältnis) abgrenzen.

1.2. *Contra*

Die vorgenommene Aufgliederung der untersuchten Materie hat nicht zu Widersprüchlichkeiten oder sinnwidrigen Ergebnissen geführt. Zudem hat die bisherige Analyse keine weiteren, nicht in diese Definition passenden Elemente zutage gefördert, sodass diese Gliederung trotz ihrer Einfachheit

¹²¹⁴ S. dazu oben Rz. 390.

¹²¹⁵ S. dazu oben Rz. 352ff.

¹²¹⁶ S. dazu oben Rz. 481.

¹²¹⁷ S. dazu oben Rz. 237, Rz. 366, FN 573.

geeignet ist, das Konzept umfassend und präzise zu strukturieren. Die untersuchte Materie weist aber eine eher geringe inhärente Struktur auf, die mit der hier vorgenommenen Aufgliederung hätte kollidieren können. Deshalb ist dieser grundsätzlich positive Befund kein abschliessender Beweis für die Sinnhaftigkeit und Richtigkeit der vorgenommenen Strukturierung. Aus demselben Grund lässt sich das Risiko, dass die Arbeitsdefinition nicht bloss die Untersuchung strukturiert hat, sondern das Ergebnis beeinflusst hat, nicht restlos ausschliessen.

520 Auch wenn die Aufgliederung selbst nicht zu Problemen geführt hat, führt sie doch teilweise zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Analyse einzelner Elemente. Die vorgenommene Aufgliederung nimmt nämlich keine Rücksicht auf Funktion und Normkontext der untersuchten Konzepte. So kann die Herauslösung aus diesem Kontext einerseits zu Problemen führen.¹²¹⁸ Andererseits kann die Analyse einzelner Elemente schlicht überflüssig erscheinen, da der Normkontext deren Inhalt eindeutig vorgibt.¹²¹⁹

521 Abschliessend ist nochmals auf den ersten und gewichtigsten Kontrapunkt zurückzukommen. Es lässt sich – wie erwähnt – nicht mit letzter Sicherheit ausschliessen, dass die Strukturierung den untersuchten (und inhärent schwach strukturierten) Konzepten schlicht aufoktroiert wurde; dass diese Strukturierung also keine, gewissermassen natürliche Struktur dieser Konzepte ist. Allerdings wäre selbst dies nicht übermässig problematisch. Sind die Konzepte derart schwach strukturiert, dass die hier gewählte Struktur ohne Weiteres widerspruchsfrei passt, täte zwecks (vergleichender) Untersuchung eine solche Strukturierung ohnehin not.

2. Interdependenzen

522 I.S.d. Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass die Strukturierung nicht dazu führt, dass drei absolut eigenständige Elemente ohne jede gegenseitige Abhängigkeit bestehen. Die Logik diktiert, dass Subjekt und Objekt je nicht unabhängig von der Subjekt-Objekt-Relation sein können. Zwischen Subjekt und Objekt besteht jedoch keine unmittelbare Verbindung, sodass sie grundsätzlich unabhängig voneinander sind.

523 Diese Abhängigkeiten haben sich auch in der Vertikalbetrachtung gezeigt. Liegt die Subjekt-Objekt-Relation etwa in einem – wie auch immer gear teten – Kontrollverhältnis, muss das Subjekt in der Lage sein, solche Kontrolle auszuüben.¹²²⁰ Wenn die Subjekt-Objekt-Relation eine rechtliche Beziehung

1218 S. dazu etwa oben Rz. 307.

1219 S. dazu etwa oben Rz. 231.

1220 Vgl. dazu etwa oben Rz. 145, Rz. 246, Rz. 250, Rz. 257, Rz. 436.

voraussetzt, muss das Objekt rechtlich beherrschbar sein.¹²²¹ Als Folge dieser Abhängigkeiten können innerhalb einer Norm oder eines Erlasses, je nach Objekt, verschiedene Subjekt-Objekt-Relationen vorkommen.¹²²² Eine Abhängigkeit zwischen Subjekt und Objekt hat sich demgegenüber (erwartungsgemäss) nicht gezeigt.

C. Ergebnis

Die Aufgliederung der untersuchten Konzepte in die Elemente Subjekt, Objekt sowie Subjekt-Objekt-Relation hat sich als geradezu natürlich passend und geeignet erwiesen. Das äussert sich u.a. darin, dass diese Strukturierung die Analyse und Vergleichbarkeit der Konzepte vereinfacht und Unzulänglichkeiten offenlegt. Ungeachtet dessen lässt sich nicht mit letzter Sicherheit ausschliessen, dass diese Strukturierung nicht ein «natural fit» ist, sondern den untersuchten Konzepten schlicht aufoktroiyert wurde. Trotz dieser Möglichkeit tut eine klare Strukturierung zwecks Untersuchung der Konzepte not. Die hier gewählte Gliederung gewährleistet das. Sie zerlegt die nur schwer zu erfassenden Konzepte in einfach greifbare Teile, was Analyse und Vergleich nicht nur erleichtert, sondern überhaupt erst in sinnvoller Weise ermöglicht.

Infolgedessen wird diese Dreiteilung fortan nicht als blosser Struktur der Arbeitsdefinition (und damit als Hilfskonstrukt) betrachtet, sondern als Gliederung der konstituierenden Elemente der untersuchten Konzepte wirtschaftlicher Berechtigung.

III. Schlussbemerkungen

Es hat sich gezeigt, dass die untersuchten Anwendungsfälle im Einzelnen viele Unterschiede aufweisen. Ein allen Anwendungsfällen gemeinsam zugrunde liegendes Konzept gibt es also nicht. Auf die – im Einzelfall sehr unterschiedlichen – Gestaltungen wird nachfolgend in § 13 eingegangen.

Ungeachtet dieser Vielzahl von Unterschieden im Detail haben sich auf einer abstrakteren Ebene, insb. hinsichtlich Funktion und Struktur, diverse Gemeinsamkeiten gezeigt. Diese Gemeinsamkeiten und ihre Relation zu den angesprochenen Differenzen werden in § 14 nochmals aufgegriffen.

¹²²¹ Vgl. dazu etwa oben ad FN1074.

¹²²² S. dazu oben Rz. 348, Rz. 406 ff.

§ 13 Erscheinungsformen der Strukturelemente

528 Die Vertikalbetrachtung in Teil I sowie der vorangehende § 12 haben gezeigt, dass es kein einheitliches Konzept wirtschaftlicher Berechtigung gibt, sich aber dennoch alle untersuchten Anwendungsfälle entsprechend der Arbeitsdefinition strukturieren lassen. In diesem Paragrafen werden die verschiedenen Erscheinungsformen der Strukturelemente dargestellt. Das zeigt nochmals die Verschiedenheit der materiellen Gehalte der Konzepte und veranschaulicht zugleich die diversen Ausgestaltungsmöglichkeiten.

I. Subjekt

A. Rechtssubjekt

529 Es ist – zumindest intuitiv und begrifflich – naheliegend, Rechtssubjekte als Subjekte im Konzept zuzulassen. Diese Konstellation gibt es bei der börsenrechtlichen Meldepflicht.¹²²³ Nicht restlos geklärt ist die Frage im StGB, wo unklar ist, ob natürliche und juristische Personen oder nur natürliche Personen als Subjekt in Frage kommen.¹²²⁴

530 Der Ansatz, nur ein Rechtssubjekt als Subjekt zu erfassen, erscheint zunächst ziemlich klar. Soll jedoch nicht eine gänzlich formale Betrachtung vorgenommen werden, stellt sich die Frage, wie nach aussen hin rechtlich selbstständige Entitäten zu erfassen sind, namentlich KIG und KmG.¹²²⁵ Hier kommt einerseits eine direkte Erfassung als Subjekt in Frage, auch wenn die Rechtssubjektqualität formal fehlt. Andererseits könnten diese Personenmehrheiten als Gruppen erfasst werden. Aus konzeptueller Sicht ist weder das eine noch das andere zwingend, doch sollte die Frage im Einzelfall geklärt werden, idealerweise durch den Gesetzgeber.

531 Aus geldwäschereirechtlicher Sicht gibt bzw. gab es einen weiteren Spezialfall zu berücksichtigen. Zwar sind in diesem Zusammenhang grundsätz-

1223 S. dazu oben Rz. 262.

1224 S. dazu oben Rz. 148 ff., Rz. 177.

1225 Vgl. dazu etwa oben Rz. 142 sowie FN 636.

lich nur natürliche Personen als Subjekte zu berücksichtigen, doch wurde früher diesbezüglich eine Ausnahme für operativ tätige juristische Personen gemacht; diese konnten ebenfalls Subjekt sein.¹²²⁶

B. Natürliche Person

Auch wenn es naheliegend wäre, sämtliche Rechtssubjekte als Subjekte zuzulassen, geht die Entwicklung im Geldwäschereirecht in Richtung einer Einschränkung dieses Ansatzes. Hier werden immer öfter nur natürliche Personen als Subjekte zugelassen.¹²²⁷ Es geht dabei um die «*identification down to the warm body*».¹²²⁸ Diese Ausgestaltung des Subjekts findet sich im GwG,¹²²⁹ den geldwäschereirechtlich geprägten GAFI-Meldepflichten im OR¹²³⁰ und – möglicherweise – im StGB¹²³¹ sowie im SchKG¹²³² und deckt sich mit den wichtigsten internationalen Standards.¹²³³

C. Relationsfähige Entität?

Es kommt vor, dass die Auseinandersetzung mit dem Subjekt komplett fehlt und das Konzept und der Normkontext diese Lücke nicht zu füllen vermögen. In diesem Fall führt die Analyse zwangsläufig zum Ergebnis, dass das Subjekt irgendeine Entität sein muss, die in der Lage ist, die von der Subjekt-Objekt-Relation vorausgesetzte Beziehung (bspw. Kontrolle) zum Objekt zu haben. Eine solche Konstellation hat sich hinsichtlich der Nutzungsberechtigung im VStG ergeben.¹²³⁴

Theoretisch lassen sich aus der Subjekt-Objekt-Relation brauchbare Schlüsse ziehen betreffend die Subjektqualität. Zu denken ist bspw. an die Situation, dass die Subjekt-Objekt-Relation zwingend eine rechtliche sein muss; hier muss das Subjekt rechtsfähig¹²³⁵ sein. Oft liegt die Subjekt-Objekt-Relation

1226 Vgl. dazu oben Rz. 148 ff., Rz. 342.

1227 Vgl. dazu oben Rz. 324; Botschaft GAFI, 682.

1228 PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 23a [Hervorhebung im Original].

1229 S. dazu oben Rz. 324, Rz. 345.

1230 S. dazu oben Rz. 387.

1231 S. dazu oben Rz. 529 bzw. Rz. 148 ff., Rz. 177.

1232 S. dazu oben Rz. 204. Im SchKG ergibt sich die Beschränkung auf natürliche Personen jedoch aus zwangsvollstreckungsrechtlichen Gründen (s. dazu ebd.).

1233 Vgl. Global Forum/IDB, Frameworks, 7.

1234 S. dazu oben Rz. 83.

1235 Diese Konstellation umfasst auch Entitäten, die trotz mangelnder Rechtsfähigkeit in eigenem Namen Rechte haben können, wie KmG und KlG.

aber in einem faktischen Kontrollverhältnis, womit das Subjekt zur faktischen Kontrollausübung fähig sein muss. Damit ist kaum ein Erkenntnisgewinn verbunden.

535 Es ist ausserdem augenfällig, dass es sich bei der «Relationsfähigkeit» der Entität bzw. des Subjekts um die logische Minimalvoraussetzung für die Subjektqualität handelt, die in jedem Anwendungsfall zum Tragen kommt. Entsprechend sind diese Entitäten, hier als relationsfähige Entitäten bezeichnete, nicht eine eigene Subjektkategorie. Es ist schlicht die aus der (Erkenntnis-)Not geborene logische, aber inhaltsleere Minimalvoraussetzung.

D. Personenmehrheiten

536 Es sind zwei verschiedene Arten von subjektseitigen Personenmehrheiten denkbar. Zum einen stellt sich die Frage, ob (nicht rechtsfähige) Personenmehrheiten *ein* Subjekt bilden können. Zum anderen ist zu klären, ob mehrere Subjekte für ein Objekt existieren können.

537 Ersteres beschlägt die hier interessierende Frage nach den zulässigen Subjekten. Ist bspw. eine natürliche Person das Subjekt, kommt eine Mehrheit von natürlichen Personen nicht als Subjekt in Frage, denn diese Mehrheit als solche ist keine natürliche Person. Die zweite Konstellation ist eine Frage der Subjekt-Objekt-Relation (sowie allenfalls des Normzwecks).¹²³⁶ Kommt – wiederum im Sinne eines Beispiels – nur eine natürliche Person als Subjekt in Frage, ist damit noch nicht zweifelsfrei geklärt, ob mehrere natürliche Personen (je für sich) als Subjekte in Frage kommen.¹²³⁷ Dies ergibt sich regelmässig aus der Subjekt-Objekt-Relation. Liegt diese etwa in einer letztverbindlichen Kontrolle über das Objekt, sind keine weiteren Subjekte denkbar, ansonsten es an der Letztverbindlichkeit der Kontrolle fehlte.¹²³⁸ Ist aber die Subjekt-Objekt-Relation bspw. als eine (mindestens) 25%-Beteiligung am Objekt definiert, kann es mehrere Subjekte für ein Objekt geben.¹²³⁹

538 Ungeachtet der Unterscheidung dieser beiden Konstellationen subjektseitiger Personenmehrheiten ist festzuhalten, dass regelmässig weder das Gesetz noch Lehre und Praxis diese Fragen klären; meist fehlt schlicht die Auseinandersetzung mit der Thematik.¹²⁴⁰ Klar ist immerhin, dass die Gruppe – die

1236 S. dazu etwa oben Rz. 436.

1237 S. dazu oben FN 821.

1238 S. dazu unten Rz. 557.

1239 Vgl. EGGLE, Anonymität, Rz. 505.

1240 Beispielhaft dazu oben Rz. 320.

zwangsläufig eine Personenmehrheit ist – ein eigenes Konzept ist. Bei der Gruppe handelt es sich nämlich um eine (horizontale) Subjekt-Subjekt-Relation.¹²⁴¹ Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass eine Gruppe Subjekt sein kann, sofern Personenmehrheiten ein zulässiges Subjekt sind. Es bleibt als Schlussfolgerung also schlicht die Feststellung, dass hinsichtlich subjektseitiger Personenmehrheiten kaum etwas geklärt ist.

II. Objekt

A. Vermögenswert

In den meisten untersuchten Anwendungsfällen ist ein Vermögenswert das Objekt.¹²⁴² Das ist sowohl naheliegend wie unbestimmt: naheliegend, weil es im Rahmen der wirtschaftlichen Berechtigung (stark vereinfacht beschrieben) i.d.R. um die Zuordnung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geht, womit ein wirtschaftlich wertloses Objekt konzeptfremd erschiene; unbestimmt, weil «Vermögenswert» kein bestimmter Rechtsbegriff ist. Offensichtlich ist, dass das Objekt irgendeinen wirtschaftlichen Wert aufweisen muss.¹²⁴³ Nicht zwingend vorausgesetzt wird, jedenfalls im Geldwäschereirecht, dass der Vermögenswert bzw. seine (formaljuristische) Zuordnung rechtlich geschützt ist.¹²⁴⁴

B. Rechtssubjekt

Im Rahmen der GAFI-Meldepflichten im OR sowie beim Kontrollinhaber ist ein Rechtssubjekt das Objekt.¹²⁴⁵ Da in diesen Fällen auf Subjektseite ebenfalls ein Rechtssubjekt steht, wird diese Konstellation im Rahmen dieser Untersuchung als intersubjektiver Ansatz bezeichnet.¹²⁴⁶ Ein solcher Ansatz

1241 Vgl. dazu oben Rz. 237, Rz. 366 ff.

1242 S. dazu re VStG: Rz. 90, wobei gewisse Unsicherheiten bestehen (s. dazu oben Rz. 89); re StGB: Rz. 157; re SchKG: Rz. 215, wobei hier aus konkursrechtlichen Gründen nur Drittvermögen in Frage kommt; re Art. 4 GWG: Rz. 328.

1243 Vgl. dazu etwa oben Rz. 158: «geldwerter Vorteil».

1244 S. dazu oben Rz. 158; allgemein zum Begriff des Vermögenswerts im GWG: NAGEL, Geltungsbereich, Rz. 202 m.w.H.; zum Begriff des Vermögens: GRAHAM-SIEGENTHALER-BK ZGB2022, Syst. Teil Rz. 339 ff.

1245 S. dazu oben re GAFI-Meldepflichten im OR: Rz. 400 sowie Rz. 405; re Kontrollinhaber: Rz. 348.

1246 Vgl. dazu auch oben FN 452.

wird in der Lehre teilweise auch in anderen Anwendungsfällen postuliert.¹²⁴⁷ Allerdings ist nicht immer klar, ob dies wirklich der Intention des jeweiligen Autors entspricht oder einer Ungenauigkeit entsprang.¹²⁴⁸ Auch das Gesetz ist in dieser Hinsicht nicht immer eindeutig.¹²⁴⁹ Ungeachtet dieser Unklarheiten ist festzuhalten, dass in gewissen Konstellationen ein Rechtssubjekt das Objekt ist.

541 Das mutet mit Blick auf den naheliegenden Fokus auf Vermögenswerte¹²⁵⁰ zunächst eigenartig an, denn ein Rechtssubjekt als solches weist keinen wirtschaftlichen Wert auf. Allen intersubjektiven Anwendungsfällen ist jedoch gemein, dass das anvisierte Objekt (also das Rechtssubjekt) in einer bestimmten formaljuristisch gesicherten Relation zu einem Vermögenswert steht, namentlich als Eigentümer einer qualifizierten Beteiligung. Gerade bei dieser (indirekten) Erfassung einer qualifizierten Beteiligung wird – zumindest im Geldwäschereirecht – regelmässig nicht die qualifizierte Beteiligung selbst das Erfassungsziel sein. Vielmehr geht es um die Vermögenswerte der Gesellschaft.¹²⁵¹ Das letztlich anvisierte Ziel, der Vermögenswert, ist also durch zwei Ebenen vom Objekt getrennt: durch die Rechtsbeziehung zwischen Objekt und Gesellschaft und durch die Rechtsbeziehung der Gesellschaft zu ihren Vermögenswerten.

542 Diese «indirekte Erfassung» ist umständlich und deshalb wenig einleuchtend. Da die beiden Relationen zwischen Objekt und indirekt erfasstem Vermögenswert in diesen Konstellationen rechtlich klar definiert sind, bedeutet ein solcher Ansatz aber lediglich die Ausklammerung des Unstrittigen bzw. Einfachen. Die Schwierigkeit liegt nämlich in solchen Fällen nicht in der Erfassung der Relation zwischen Objekt und indirekt anvisiertem Gegenstand, sondern in der Relation zwischen Subjekt und Objekt.¹²⁵²

543 Ungeachtet der genauen Ausgestaltung ist es also auch beim intersubjektiven Ansatz letztlich jeweils ein Vermögenswert, der zugeordnet werden soll.

1247 S. dazu oben re börsenrechtliche Meldepflicht: Rz. 285, Rz. 287, Rz. 290, Rz. 292. In diesen Fällen gehen die Autoren eindeutig von einem intersubjektiven Ansatz aus.

1248 S. dazu oben re StGB: Rz. 175; re SchKG: Rz. 212; re Art. 4 GwG: Rz. 337. In diesen Fällen ist nicht klar, ob die Autoren wirklich einen intersubjektiven Ansatz postulieren (wollten).

1249 S. dazu oben re GAFI-Meldepflichten im OR: Rz. 390f. Klar ist jedoch, dass die GAFI-Empfehlungen einen intersubjektiven Ansatz postulieren (GAFI-Empfehlungen, 119 Stichwort «Beneficial owner»; ferner GAFI, Transparency, Rz. 15 ff.).

1250 S. dazu oben Rz. 539.

1251 S. dazu oben Rz. 401.

1252 S. dazu oben Rz. 402.

Ist ein Rechtssubjekt das Objekt, stellt sich – analog zur Situation beim Subjekt –¹²⁵³ die Frage nach dem Umgang mit objektseitigen Personenmehrheiten.¹²⁵⁴ Die Antwort darauf fehlt leider, wiederum analog zur Situation beim Subjekt.¹²⁵⁵ 544

C. Weitere

1. Aktien und Beteiligungsderivate sowie Bargeld und Kaufgegenstand

Nebst den bereits genannten Ausgestaltungen des Objekts – Vermögenswert und Rechtssubjekt – gibt es weitere, die eher deren Unterarten als eigene Kategorien sind. Bei der börsenrechtlichen Meldepflicht sind Aktien und Beteiligungsderivate das Objekt,¹²⁵⁶ beim wirtschaftlich Berechtigten i.S.d. Händlerpflichten jeweils Bargeld oder der Kaufgegenstand.¹²⁵⁷ 545

Die Objekte in dieser letztgenannten Konstellation sind eine Teilmenge bzw. Unterart des Vermögenswerts. Die Beschränkung auf bestimmte Arten von Vermögenswerten ergibt sich aus der Zwecksetzung der mit dem Konzept verbundenen Pflichten. 546

Die Objektgestaltung im FinfraG (Aktien und Beteiligungsderivate) erscheint demgegenüber als Mischform zwischen den bereits diskutierten Objektkategorien Vermögenswert und Rechtssubjekt. Die Nähe zum Vermögenswert ist augenfällig; Aktien und Beteiligungsderivate sind Vermögenswerte. Die Nähe zur Konstellation des Rechtssubjekts als Objekt ist weniger offensichtlich. Sie ergibt sich daraus, dass bei Rechtssubjekten als Objekt regelmässig (indirekt) eine Beteiligung erfasst wird.¹²⁵⁸ Bei diesen bereits beleuchteten Konstellationen steht die Beteiligung letzten Endes für einen Vermögenswert. Die Situation im FinfraG ist anders. Dort geht es nicht um den Vermögenswert, den die Beteiligung hat (bzw. ist), sondern um die Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Gesellschaft.¹²⁵⁹ Die Werthaltigkeit des Objekts ist also irrelevant; das Objekt interessiert bloss als Vermittler der Kontrollmöglichkeit. Damit ist im Ergebnis gewissermassen die (formaljuristisch 547

1253 S. dazu oben Rz. 536 ff.

1254 S. dazu etwa oben Rz. 404.

1255 Vgl. dazu etwa oben Rz. 404 f.

1256 S. dazu oben Rz. 274.

1257 S. dazu oben Rz. 352, Rz. 358, Rz. 361.

1258 S. dazu oben Rz. 541 ff. Diese konzeptuelle Nähe äussert sich auch darin, dass bezüglich der börsenrechtlichen Meldepflicht oft und deutlich ein intersubjektiver Ansatz postuliert wird (s. dazu oben FN 1247).

1259 S. dazu oben Rz. 274, Rz. 304.

gesicherte) Kontrollmöglichkeit das Objekt. Dass sich daraus Abgrenzungsschwierigkeiten zur Subjekt-Objekt-Relation ergeben können, die in einer faktischen Beherrschungsmöglichkeit liegt,¹²⁶⁰ ist aus diesem Blickwinkel naheliegend.¹²⁶¹

2. Rechtsobjekt?

- 548 Begrifflich würde es naheliegen, jeweils ein Rechtsobjekt als Objekt vorzusehen. Dies ist jedoch in keinem der untersuchten Anwendungsfälle so, auch wenn die meisten Objekte in die Kategorie der Rechtsobjekte fallen, abgesehen natürlich von den Rechtssubjekten. Dafür sind mutmasslich mehrere Gründe verantwortlich. Zum einen ist der Begriff des Rechtsobjekts weit gefasst und unbestimmt.¹²⁶² Zumindest bei den untersuchten Anwendungsfällen lässt sich das Objekt jeweils klar bezeichnen, sodass ein derart weiter Begriff nur unnötig Unklarheiten schaffen würde. Zum anderen muss ein Rechtsobjekt nicht zwingend einen wirtschaftlichen Wert aufweisen,¹²⁶³ womit es für die grösste Objektkategorie – die Vermögenswerte – ebenfalls zu weit gefasst ist.

III. Subjekt-Objekt-Relation

- 549 Die Ausgestaltungen der Strukturelemente Subjekt und Objekt lassen sich gut mit einzelnen Begriffen beschreiben. Bei der Subjekt-Objekt-Relation ist das schwieriger, da hier oft mehrgliedrige Definitionen verwendet werden. Dazu kommt, dass diese Definitionen sich zwar grammatikalisch unterscheiden, diese Unterschiede aber semantisch kaum greifbar sind.¹²⁶⁴ Nachfolgend geht es deshalb nicht in erster Linie um eine kategorisierte Wiedergabe der verschiedenen Definitionen,¹²⁶⁵ sondern darum, typische Definitionselemente aufzuzeigen. Einleitend ist in aller Kürze¹²⁶⁶ auf die wirtschaftliche

1260 S. dazu oben Rz. 299.

1261 S. dazu oben Rz. 276f.

1262 Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER-BK ZGB 2022, Syst. Teil Rz. 426: «Der Oberbegriff des Rechtsobjektes (bzw. Rechtsgegenstandes) umfasst alle genügend individualisierten, rechtlich geschützten Güter» [Hervorhebung weggelassen]; ferner SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 628 ff.; ZELLWEGER-GUTKNECHT-BSK ORI, Einl. vor Art. 1 ff. N 39.

1263 ZELLWEGER-GUTKNECHT-BSK ORI, Einl. vor Art. 1 ff. N 39a; vgl. auch GRAHAM-SIEGENTHALER-BK ZGB 2022, Syst. Teil Rz. 426.

1264 S. dazu oben Rz. 481; exemplarisch oben Rz. 218.

1265 S. dazu oben die Ausführungen in der Vertikalbetrachtung in Teil I zu den jeweiligen Subjekt-Objekt-Relationen.

1266 Ausführlicher unten Rz. 755f.

Betrachtungsweise einzugehen. Sie ist Teil aller untersuchten Subjekt-Objekt-Relationen¹²⁶⁷ und wird deshalb vor die Klammer gezogen.

A. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist Teil jedes untersuchten Anwendungsfall, und zwar jeweils als Bestandteil der Subjekt-Objekt-Relation.¹²⁶⁸ Es handelt sich dabei aber nicht um ein Definitionselement. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kann nämlich nicht der Konturierung bzw. genaueren Bestimmung der massgeblichen Relation dienen, da sie kein Merkmal beschreibt, sondern eine Methode ist.¹²⁶⁹ 550

Als solche bezieht sie sich auf die Definitionselemente der Subjekt-Objekt-Relation bzw. auf die Prüfung, ob diese vorliegen. Die einzelnen Definitionselemente sind also jeweils nicht formalistisch darauf zu prüfen, ob sie erfüllt sind oder nicht. Vielmehr ist diese Frage in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beantworten. 551

B. Definitionselemente

Die Definition der Subjekt-Objekt-Relation soll naturgemäss eine möglichst präzise Umschreibung der vorausgesetzten Beziehung enthalten. Diese wird (in rein tatsächlicher Hinsicht) i.d.R. eine Aussen- sowie eine Innenseite aufweisen, wobei nicht beide Seiten rechtlich relevant und damit Teil der Definition sein müssen. Ungeachtet dessen ist es zweckmässig, die Definitionselemente in objektive und subjektive Elemente zu gliedern. Die Aufteilung der Definitionselemente in objektive und subjektive Elemente hat allerdings rein klassifikatorischen Charakter. 552

1. Objektive Elemente

Als objektive Elemente werden hier solche bezeichnet, die sich in der Aussenwelt abspielen, also durch einen Dritten (d.h. nicht nur durch das Subjekt) wahrnehmbar sind. 553

Diese objektiven Elemente lassen sich in zwei Gruppen unterteilen. Zum einen gibt es Elemente, die ein Kontrollverhältnis beschreiben bzw. voraussetzen. Zum anderen gibt es solche, die eine wirtschaftliche Verbindung verlangen. Diese Einteilung ist klassifikatorischer Natur. Die beiden Gruppen 554

1267 S. dazu oben Rz. 487.

1268 S. dazu oben Rz. 487.

1269 S. dazu unten Rz. 755.

bzw. die ihnen jeweils zugehörigen Elemente schliessen sich nicht gegenseitig aus, sondern können in Kombination vorkommen.¹²⁷⁰

1.1. Kontrolle

555 Wie erwähnt, ist nur schwer bestimmbar, ob die terminologischen Differenzierungen im Rahmen der verschiedenen Definitionen einen inhaltlichen Unterschied mit sich bringen und – wenn ja – welcher Art dieser Unterschied sein soll.¹²⁷¹ Betreffend die Subjekt-Objekt-Relation werden in den untersuchten Anwendungsfällen insb. die Begriffe Verfügen, Beherrschen und Kontrolle verwendet.¹²⁷² Mit Blick auf die jeweilige Zwecksetzung und Funktion sowie mangels gegenteiliger Hinweise ist davon auszugehen, dass all diese Ansätze unter den Begriff der Kontrolle subsumiert werden können. Damit verlangen alle untersuchten Anwendungsfälle eine Form von Kontrolle.

556 Die vorausgesetzte Kontrolle wird teilweise weiter spezifiziert bzw. auf bestimmte Arten der Kontrolle beschränkt. Auf einige solche Ausdifferenzierungen des Kontrollbegriffs ist nachfolgend einzugehen. Vorneweg ist zu bemerken, dass sich diese Varianten nicht zwingend gegenseitig ausschliessen. So wäre es etwa möglich, eine letztverbindliche (und) rechtliche Kontrollmöglichkeit vorauszusetzen.

1.1.1. Letztverbindliche Kontrolle

557 Teilweise wird vorausgesetzt, dass die Kontrolle eine letztverbindliche sein muss.¹²⁷³ M.E. ist dies so zu verstehen, dass die Kontrollausübung durch das Subjekt nicht durch eine andere Entität übersteuert werden kann.

558 Wie sich die letztverbindliche Kontrolle zur originären Kontrolle verhält, ist unklar.¹²⁷⁴ M.E. sind die beiden Kontrollarten zu unterscheiden. Ein Subjekt, das die Werkzeuge zur Kontrollausübung von einer anderen Entität

1270 S. dazu etwa oben Rz. 246 sowie Rz. 278; anders der Ansatz in Rz. 95, wo die Risikotragung als blosses Indiz für die Nutzungsberechtigung betrachtet wird und nicht als Element der Subjekt-Objekt-Relation.

1271 S. dazu oben Rz. 549.

1272 Vgl. dazu oben re VStG: Rz. 100 (Verfügen); re StGB: Rz. 176 (Verfügen bzw. Kontrolle); re SchKG: Rz. 228 (Beherrschen); re FinfraG: Rz. 299, Rz. 303 (Beherrschen); re GwG: Rz. 339, Rz. 343 (Kontrolle); re OR: Rz. 437 (Kontrolle). In der Lehre werden für jeden dieser Anwendungsfälle noch andere Begriffe verwendet, womit die Begriffsvielfalt grösser und die Begriffszuordnung weniger einheitlich ist als hier dargestellt. Kontrolle bildet übrigens auch den Kern der Subjekt-Objekt-Relation im Rahmen der wichtigsten internationalen Standards (vgl. Global Forum/IDB, Frameworks, 7).

1273 S. dazu oben Rz. 176, Rz. 339.

1274 Eine originäre Kontrolle setzt EGLE bei den GAFI-Meldepflichten im OR voraus (s. dazu oben Rz. 413).

überlassen erhält – die Kontrolle also derivativ und nicht originär ausübt –, kann u.U. dennoch letztverbindlich kontrollieren. Die beiden Kontrollprädikate «derivativ» und «letztverbindlich» schliessen sich, jedenfalls gedanklich, nicht aus. Ungeachtet dessen dürfte eine letztverbindliche Kontrolle regelmässig auch eine originäre sein.

Im Ergebnis setzt die letztverbindliche Kontrolle also lediglich voraus, dass das Subjekt in seiner Kontrollausübung nicht übersteuert werden kann, und zwar unabhängig davon, wie es Kontrolle ausübt oder von wem es die Möglichkeit dazu erhalten hat. 559

1.1.2. *Rechtlich abgesicherte Kontrolle*

Insb. in der älteren Lehre und Rechtsprechung wird (oder wurde) postuliert, dass die Kontrollbeziehung rechtlich abgesichert sein müsse.¹²⁷⁵ Damit ist keine direkte rechtliche Beziehung zwischen Subjekt und Objekt vorausgesetzt.¹²⁷⁶ Vielmehr ist ausreichend, dass zwischen Subjekt und Objekt, allenfalls über mehrere Stufen und damit indirekt, eine Kontrollbeziehung vorliegt, die sich rechtlich durchsetzen lässt. In einem solchen Fall hat das Subjekt zwar keine Möglichkeit das Objekt (direkt) rechtlich zu kontrollieren, doch es kann über (evtl. mehrere) Zwischenstufen eine jeweils rechtlich gesicherte Kontrolle ausüben. Das Paradebeispiel einer solchen Konstellation ist ein (mehrstufiges) Konzernverhältnis. 560

Da auch diese Art der Kontrollbeziehung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unterliegt,¹²⁷⁷ liegt bei indirekter rechtlicher Kontrolle im Ergebnis eine faktische Kontrolle vor (dazu sogleich). Es gibt dennoch Unterschiede zur faktischen Kontrolle. Wenn bspw. eine Person ausschliesslich aufgrund familiärer Beziehungen zum Alleinaktionär Einfluss auf eine Gesellschaft ausübt, wäre dieser Fall – auch bei wirtschaftlicher Betrachtung – nicht erfasst, wenn eine rechtlich abgesicherte Kontrolle vorausgesetzt ist.¹²⁷⁸ 561

Zusammengefasst setzt die rechtlich abgesicherte Kontrolle voraus, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung der rechtlichen Beziehungen ein Kontrollverhältnis vorliegt. 562

1275 S. dazu oben Rz. 99, Rz. 166, Rz. 168, Rz. 170, Rz. 285, Rz. 290, Rz. 292, Rz. 298 ff., Rz. 427 f., Rz. 433.

1276 Da auf die Subjekt-Objekt-Relation jeweils eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anwendbar ist (s. dazu oben Rz. 550 f.), erscheint eine derart enge bzw. formalistische Betrachtung ohnehin ausgeschlossen.

1277 S. dazu oben Rz. 550 f.

1278 Vgl. hierzu auch die treffende Formulierung von BÖCKLI oben in FN 689.

1.1.3. Faktische Kontrolle

563 In diversen Anwendungsfällen wird festgehalten, dass eine (bloss) faktische bzw. tatsächliche Kontrolle ausreichend sei.¹²⁷⁹ Damit ist jedwede Art der Kontrollausübung erfasst, sei sie rechtlich abgesichert oder nur tatsächlich vorhanden (etwa durch familiäre Beziehungen, andere Formen sozialer Verhältnisse oder wirtschaftliche Abhängigkeit). Diese begriffliche Offenheit bedeutet nicht, dass die Beziehung – im Vergleich zur rechtlich abgesicherten Kontrolle – eine geringere Intensität aufweist. Auch bei der faktischen Kontrolle ist – *nomen est omen* – Kontrolle vorausgesetzt. Lediglich die Qualität der die Kontrolle vermittelnden Relation ist eine andere.

564 Diese Massgeblichkeit tatsächlicher Verhältnisse, die u.U. überhaupt keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Komponenten aufweisen, kann zu Schwierigkeiten führen. Die rechtliche Erfassung solcher Konstellationen ist nämlich äusserst komplex: «Soziale und psychologische Phänomene wie Freundschaft oder empfundene Abhängigkeit kann das Recht kaum einordnen, sofern sie nicht in einem Rechtsverhältnis oder doch in einer nachweisbaren wirtschaftlichen Verbindung Ausdruck finden.»¹²⁸⁰ Ungeachtet dieser Schwierigkeiten kann diese grosszügige Erfassung von Kontrollbeziehungen im Lichte der Umgehungsverhinderungsfunktion¹²⁸¹ sinnvoll sein.

565 In begrifflicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob der Zusatz «faktisch» überhaupt nötig ist. Da auch bei der «faktischen Kontrolle» eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Anwendung kommt,¹²⁸² ist sowieso eine materielle Würdigung des Sachverhalts massgeblich,¹²⁸³ womit nicht bloss rechtliche Umstände massgeblich sein können. Ungeachtet dessen ist der Zusatz «faktisch» zwecks Abgrenzung zum oben beleuchteten Ansatz (Massgeblichkeit rechtlich abgesicherter Kontrolle) sinnvoll.

566 Zusammengefasst setzt die faktische Kontrolle voraus, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung der tatsächlichen (sozialen, rechtlichen, wirtschaftlichen oder sonst wie gearteten) Beziehungen ein Kontrollverhältnis vorliegt.

1279 S. dazu oben Rz. 100, Rz. 172f., Rz. 176, Rz. 228, Rz. 299f., Rz. 303.

1280 CRAMER, Person, 167 a.A.; vgl. ferner GAFL, Transparency, Rz. 37 lit. d; DRUEY, Meldepflicht, 37f.

1281 S. dazu oben Rz. 483 sowie unten Rz. 693 ff.

1282 S. dazu oben Rz. 550f.

1283 Vgl. EMMENEGGER/TSCHECHSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329; KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 10 Rz. 29; s. dazu auch unten Rz. 755.

1.1.4. Gesellschaftsrechtliche Kontrolle

Beim Kontrollinhaber sowie im Rahmen von Art. 697j Abs. 2 OR ist, zumindest in erster Linie bzw. in einem ersten Schritt,¹²⁸⁴ eine gesellschaftsrechtliche Kontrolle vorausgesetzt.¹²⁸⁵ Da auch in diesen Fällen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Anwendung kommt, muss diese gesellschaftsrechtliche Kontrollbeziehung nicht direkt zwischen Subjekt und Objekt bestehen.¹²⁸⁶ 567

1.1.5. Kontrollmöglichkeit

Bei einigen untersuchten Anwendungsfällen ist es ausdrücklich ausreichend, wenn das Subjekt die Möglichkeit der Kontrolle innehat.¹²⁸⁷ In solchen Fällen ist also keine effektive Ausübung der Kontrolle erforderlich. Ausreichend ist das blosses Innehaben des Kontrollpotenzials. 568

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde – Lehre und Rechtsprechung folgend – öfters festgestellt, die Subjekt-Objekt-Relation liege in einem «Verfügenkönnen» oder Ähnlichem.¹²⁸⁸ Dabei ist jeweils unklar, ob mit der Formulierung «verfügen können» schlicht Kontrolle gemeint ist oder ob damit die (blosse) Kontrollmöglichkeit bezeichnet wird. Diese Frage wird in Lehre und Rechtsprechung meist nicht geklärt.¹²⁸⁹ 569

1.2. Wirtschaftliche Verbindung

Zusätzlich zum (jeweils zentralen) Kontrollelement kann im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation ein wirtschaftliches Element hinzukommen.¹²⁹⁰ Damit ist nicht nur eine Kontrollbeziehung erforderlich, sondern auch eine wirtschaftliche Verbindung.¹²⁹¹ 570

1284 Vgl. dazu oben Rz. 346f., Rz. 430.

1285 S. dazu oben Rz. 343, Rz. 345ff., Rz. 424, Rz. 427ff.

1286 S. dazu oben Rz. 346, Rz. 432.

1287 S. dazu oben Rz. 303, Rz. 430.

1288 S. dazu oben Rz. 100, Rz. 176, Rz. 228, Rz. 339, Rz. 432.

1289 S. dazu oben insb. Rz. 174, Rz. 339.

1290 S. dazu oben re börsenrechtliche Meldepflicht: Rz. 278, Rz. 302f. Im Sinne einer Klarstellung ist festzuhalten, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise kein solches wirtschaftliches Element ist. Es handelt sich dabei vielmehr um eine Methode, die auf die Definitionselemente der Subjekt-Objekt-Relation Anwendung findet, ohne selbst den vorausgesetzten materiellen Gehalt dieser Relation zu beeinflussen (s. dazu oben Rz. 550).

1291 Teilweise werden wirtschaftliche Aspekte auch bloss als Indizien für das Kontrollelement berücksichtigt und nicht als eigenständiger Teil der Subjekt-Objekt-Relation (s. dazu oben Rz. 95).

1.2.1. Risikotragung

- 571 Bei der börsenrechtlichen Meldepflicht ist gemäss der Legaldefinition (nebst einem Kontrollelement) vorausgesetzt, dass das Subjekt das wirtschaftliche Risiko trägt, das sich aus dem Objekt ergibt.¹²⁹² Andere Ansätze erblicken in der Risikotragung demgegenüber ein blosses Indiz für ein Kontrollverhältnis.¹²⁹³

1.2.2. Vermögensrelevanz

- 572 Betreffend die GAFI-Meldepflichten im OR wird vertreten, dass massgeblich sei, dass sich der Erwerb der qualifizierten Beteiligung im Vermögen des Subjekts auswirkt.¹²⁹⁴ Aus konzeptueller Sicht ist merkwürdig, dass hier nicht das Objekt – also der Aktionär –,¹²⁹⁵ sondern der meldepflichtauslösende Tatbestand – der Erwerb der qualifizierten Beteiligung – für das wirtschaftliche Element massgeblich ist. Wird diese spezielle Anknüpfung der Vermögensrelevanz ausser Acht gelassen und eine Anknüpfung ans Objekt angenommen, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, wie sich diese «Vermögensrelevanz» von der bereits erwähnten Risikotragung unterscheidet.

2. Subjektive Elemente

- 573 Als subjektive Elemente werden hier solche bezeichnet, die sich in der Innensphäre des Subjekts abspielen und somit für Dritte nicht (direkt) wahrnehmbar sind.

- 574 Die subjektiven Elemente lassen sich (rein klassifikatorisch) in zwei Gruppen unterteilen. Einerseits gibt es voluntative Elemente, also solche, die vom Willen des Subjekts abhängig sind, wie etwa eine bestimmte Absicht. Andererseits gibt es kognitive Elemente, die ein blosses Wissen voraussetzen. Die beiden Elemente können in Kombination vorkommen.¹²⁹⁶

2.1. Voluntatives Element

- 575 Betreffend die Subjekt-Objekt-Relation im Rahmen von Art. 4 GwG wird z.T. davon ausgegangen, dass ein Herrschaftswille erforderlich sei.¹²⁹⁷ Hinsichtlich der Subjekt-Objekt-Relation bei der börsenrechtlichen Meldepflicht setzt

1292 S. dazu oben Rz. 304.

1293 S. dazu oben Rz. 95.

1294 S. dazu oben Rz. 412, Rz. 414 sowie ferner Rz. 437.

1295 Vgl. zu dieser Diskrepanz oben Rz. 400 ff.

1296 Vgl. dazu etwa oben Rz. 334.

1297 S. dazu oben Rz. 332, Rz. 334, Rz. 338.

das Bundesgericht u.a. eine Beherrschungsabsicht voraus.¹²⁹⁸ Sowohl der Herrschaftswille wie die Beherrschungsabsicht sind voluntative Elemente. Ausführungen zum materiellen Gehalt dieser Elemente fehlen bei den Proponenten der jeweiligen Ansichten.

M.E. ist ein solches voluntatives Element überflüssig. Erfordert die Subjekt-Objekt-Relation effektive Kontrollausübung und nicht bloss eine Kontrollmöglichkeit, erübrigt sich die Frage nach dem Herrschaftswillen bzw. der Beherrschungsabsicht; wird Kontrolle effektiv ausgeübt, so wird ein entsprechender Wille vorhanden sein. Wo die blossе Kontrollmöglichkeit ausreicht, erschiene es widersprüchlich, zusätzlich zu dieser Möglichkeit noch einen Willen zu deren Ausübung vorauszusetzen, nicht aber die Kontrollausübung als solche. 576

2.2. Kognitives Element

Im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation von Art. 4 GwG wird von zwei (Co-) Autoren – zusätzlich zu Herrschaftsmöglichkeit und -willen – vom Subjekt verlangt, dass es weiss, wo sich das Objekt befindet.¹²⁹⁹ Damit scheinen sie ein kognitives Element vorauszusetzen. Man könnte im Wissen um den Ort des Objekts auch einfach eine logischerweise notwendige (Minimal-)Voraussetzung der Kontrolle erblicken. Insofern lässt sich mit guten Gründen vertreten, dieses Element habe keine eigenständige Bedeutung. 577

IV. Schlussbemerkungen

Die aufgezeigte Vielfalt der Gestaltungsvarianten der einzelnen Strukturelemente bestätigt den Befund, dass es kein einheitliches Konzept wirtschaftlicher Berechtigung gibt. Die Vielfalt ist aber nicht bei allen Strukturelementen gleich stark ausgeprägt. 578

Betreffend Objekt und Subjekt gibt es nur wenige Varianten und innerhalb dieser Varianten verhältnismässig wenige Unklarheiten. Einzig im Bereich der – subjekt- wie objektseitigen – Personenmehrheiten bestehen erhebliche Unsicherheiten. 579

Bei der Subjekt-Objekt-Relation ist die Zahl der Gestaltungsvarianten gross. Inhaltlich handelt es sich v.a. um verschiedene Varianten der Kontrolle. Wirtschaftliche Elemente kommen nur selten vor, subjektive Elemente noch seltener und Letztere erscheinen zudem überflüssig. 580

¹²⁹⁸ S. dazu oben Rz. 282 (dieses Element ist jedoch abzulehnen: Rz. 301).

¹²⁹⁹ S. dazu oben Rz. 334.

- 581 Ungeachtet dessen gibt es zwei Aspekte, die bei jedem untersuchten Anwendungsfall zum Tragen kommen. Einerseits setzen alle Anwendungsfälle (eine Form der) Kontrolle voraus. Zum anderen ist das Vorliegen dieser Kontrolle in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu prüfen, und zwar unabhängig von ihrer genauen Ausgestaltung. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass in der Literatur wirtschaftliche Berechtigung teilweise gar mit dieser «Minimalvariante» der Subjekt-Objekt-Relation gleichgesetzt wird.¹³⁰⁰ Es ist zwar möglich, dass sich die Subjekt-Objekt-Relation in dieser «Minimalvariante» erschöpft. Damit ist aber nicht der jeweilige Anwendungsfall wirtschaftlicher Berechtigung beschrieben, der auch ein Subjekt und ein Objekt umfasst, sondern nur dessen Subjekt-Objekt-Relation.
- 582 Auch wenn die Subjekt-Objekt-Relation nicht gerade mit dem Konzept gleichgesetzt wird, steht sie meist im Fokus des Interesses. Die Ausführungen hierzu sind jedenfalls regelmässig deutlich umfangreicher als diejenigen betreffend das Subjekt oder das Objekt. Ersteres wird vielfach noch erörtert, geht es doch dabei um den wirtschaftlich Berechtigten. Dessen Bezugspunkt, das Objekt, wird nicht selten vernachlässigt.
- 583 Wichtig anzumerken ist, dass die in diesem Paragrafen aufgezeigten Erscheinungsformen der Strukturelemente keine abschliessende Aufzählung der möglichen Ausgestaltungen sind. Es sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, aufgrund deren nicht auch andere Gestaltungen möglich sind; die Grenze bildet die gesetzgeberische Fantasie.
- 584 Bemerkenswert ist im Übrigen, dass sich die aufgezeigte Vielgestaltigkeit nicht in begrifflichen Differenzierungen niederschlägt. Einerseits kommen unter demselben Begriff (wirtschaftliche Berechtigung) verschiedene Ausprägungen vor. Andererseits legen die vorkommenden begrifflichen Differenzierungen (bspw. Nutzungsberechtigung oder Kontrollinhaber) den inhaltlichen Unterschied nicht offen; dieser muss jeweils mittels Auslegung gefunden werden. Der Wortlaut ist also weitgehend unabhängig vom normativen Gehalt. Dies bestätigt die zu Beginn der Untersuchung aufgestellte Vermutung, dass es sich bei der wirtschaftlichen Berechtigung um einen Begriff mit sehr beschränktem normativem Gehalt handelt.¹³⁰¹

1300 S. dazu oben Rz. 481.

1301 S. dazu oben Rz. 20.

§ 14 Hierarchische Konzeptklassifikation

Die Untersuchung in Teil II hat gezeigt, dass es kein einheitliches Konzept wirtschaftlicher Berechtigung gibt.¹³⁰² Dafür sind die untersuchten Anwendungsfälle zu verschieden. Ungeachtet dessen hat die Untersuchung einige Gemeinsamkeiten zutage gefördert.¹³⁰³ 585

In diesem Paragrafen wird zunächst nochmals in zusammenfassender Weise auf die angesprochenen Unterschiede¹³⁰⁴ und Gemeinsamkeiten eingegangen. Anschliessend ist das (Spannungs-)Verhältnis der beiden Aspekte «Verschiedenheit» und «Gemeinsamkeiten» zu beleuchten und zu klären. 586

I. Mikroebene: Die Unterschiede im Konkreten – differierende normative Gehalte

Die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Erscheinungsformen der einzelnen Strukturelemente in § 13 hat gezeigt, dass es kein einheitliches Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt. Zwar sind diese Unterschiede im normativen Gehalt der untersuchten Anwendungsfälle bisweilen nur schwer erkenn- und beschreibbar,¹³⁰⁵ doch handelt es sich dabei nicht um eine bloss begriffliche oder dogmatische Spielerei. Vielmehr können sich solche Differenzierungen in divergierenden Ergebnissen niederschlagen. So ist bspw. für die wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG grundsätzlich eine 25%-Beteiligung erforderlich bzw. ausreichend. Um i.S.v. Art. 697j Abs. 2 OR wirtschaftlich berechtigt zu sein, bedarf es demgegenüber grundsätzlich einer absoluten Mehrheitsbeteiligung.¹³⁰⁶ Es ist offensichtlich, dass hier ein und derselbe Sachverhalt einmal zur Annahme der wirtschaftlichen Berechtigung führen kann und einmal nicht. Der normative Gehalt der untersuchten Anwendungsfälle unterscheidet sich – wie in § 13 aufgezeigt – teils erheblich. 587

1302 S. dazu oben Rz. 526, Rz. 578.

1303 S. dazu oben Rz. 482 ff., Rz. 527, Rz. 581.

1304 Für eine detailliertere Betrachtung s. oben § 13.

1305 S. dazu oben Rz. 549.

1306 S. dazu oben Rz. 433.

II. Makroebene: Die Gemeinsamkeiten im Abstrakten – übereinstimmende Struktur und Funktionen

588 Sobald sich der Blick von den verschiedenen Ausdifferenzierungen und Gestaltungen der einzelnen Strukturelemente löst, zeigen sich – auf grösserer Abstraktionshöhe – einige Gemeinsamkeiten der untersuchten Anwendungsfälle. Auf diese Gemeinsamkeiten und ihre Beziehungen untereinander ist nachfolgend einzugehen.

A. Die Gemeinsamkeiten ...

589 Oben wurde festgehalten, dass sich die Ausgestaltung der einzelnen Strukturelemente jeweils unterscheidet. Davon gibt es eine Ausnahme im Sinne eines gemeinsamen Nenners. Bei allen Subjekt-Objekt-Relationen ist (eine irgendwie geartete) *Kontrolle* massgeblich, und das bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise.¹³⁰⁷ Die weiteren Gemeinsamkeiten betreffen demgegenüber nicht die einzelnen Strukturelemente, sondern (in abstrakterer Weise) die Funktionen, Struktur etc. der untersuchten Anwendungsfälle.

590 Die *Funktionen* der untersuchten Anwendungsfälle weisen einige Gemeinsamkeiten auf. Zunächst einmal geht es im Kern jeweils um eine Zuordnungsfunktion.¹³⁰⁸ Darüber hinaus ist immer auch eine Umgehungsverhinderungsfunktion¹³⁰⁹ und eine Transparenzfunktion¹³¹⁰ zu beobachten.

591 Die *Struktur* ist überall dieselbe und besteht aus den Elementen Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation.¹³¹¹

592 Eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* kommt jeweils hinsichtlich der Subjekt-Objekt-Relation zum Tragen, nicht aber bezüglich der anderen Strukturelemente oder gar betreffend das gesamte jeweilige Konzept.¹³¹²

593 Der *Zweck* unterscheidet sich von Anwendungsfall zu Anwendungsfall. Ungeachtet dessen ist er konzeptuell von besonderer Wichtigkeit, insb. im Zusammenhang mit der Umgehungsverhinderungsfunktion und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.¹³¹³

1307 S. dazu oben Rz. 581.

1308 S. dazu oben Rz. 486.

1309 S. dazu oben Rz. 483.

1310 S. dazu oben Rz. 485.

1311 S. dazu oben Rz. 524 f.

1312 S. dazu oben Rz. 487, Rz. 550 f.

1313 S. dazu oben Rz. 484.

Es ist *keine Rechtsposition* mit der Stellung als wirtschaftlich Berechtigter verbunden.¹³¹⁴ Der Gesetzgeber kann allerdings Rechtsfolgen an diese Stellung bzw. Eigenschaft anknüpfen oder eine bestimmte Rechtsposition zu deren Voraussetzung machen.¹³¹⁵ 594

Zu guter Letzt ist festzuhalten, dass es sich bei den untersuchten Anwendungsfällen um *materiell öffentlich-rechtliche Normen* handelt.¹³¹⁶ 595

B. ... und ihre Konnexität

Die obige Auflistung von Gemeinsamkeiten erscheint zunächst wie eine Liste unzusammenhängender Einzelmerkmale. Bereits eine kursorische Betrachtung offenbart aber Zusammenhänge zwischen vielen dieser Merkmale. 596

So gibt es etwa ein rechtsdogmatisches Näheverhältnis zwischen der grossen Zweckrelevanz, der Umgehungsverhinderungsfunktion und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.¹³¹⁷ Die Transparenz- und die Umgehungsverhinderungsfunktion wiederum können ihre Aufgaben nur aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wirklich erfüllen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Umgehungsverhinderungsfunktion wiederum bringen notwendigerweise eine gewisse normative Unschärfe mit sich. Diese Unschärfe wiederum kann aufgrund der starken Zweckbindung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit rechtsstaatlich tragbar sein. 597

Die aufgelisteten Gemeinsamkeiten sind also wahrscheinlich nicht eine blossе Ansammlung verschiedener Merkmale, sondern sie bilden vermutlich eine funktionale Einheit. Darauf wird zurückzukommen sein.¹³¹⁸ 598

III. Das Verhältnis zwischen Mikro- und Makroebene

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass kein einheitliches Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung existiert. Sie haben aber veranschaulicht, dass es auf einer übergeordneten, von den normativen Gehalten der untersuchten Anwendungsfälle abstrahierten Ebene einige Übereinstimmungen 599

1314 S. dazu oben Rz. 502.

1315 S. dazu oben Rz. 501f.

1316 S. dazu oben Rz. 492.

1317 S. dazu oben Rz. 483f.

1318 S. dazu unten Rz. 830ff.

gibt. Dieses Verhältnis von Unterschieden und Gemeinsamkeiten, von inhaltlicher Vielfalt und funktionaler sowie struktureller Einheit soll nachfolgend geklärt werden.

A. Induktion, Abstraktion und Hierarchie

600 Die hier unter dem Begriff der Makroebene zusammengefassten (abstrahierten) Gemeinsamkeiten ergeben sich aus der Analyse der einzelnen Anwendungsfälle. Damit liegt ein induktives Vorgehen vor. Die erkannten Gemeinsamkeiten sind das Ergebnis eines Induktionsschlusses. Daraus ergeben sich einige weitere Folgerungen.¹³¹⁹

601 Das Ergebnis eines Induktionsschlusses weist zwangsläufig einen höheren Allgemeingrad auf als die dem Induktionsschluss zu liegenden Quellen.¹³²⁰ Die Abstraktionshöhe der Makroebene ist somit grösser als diejenige der Mikroebene. Aus dieser – zugegebenermassen banalen – Feststellung ergeben sich zwei interessantere Folgerungen.

602 Aus dem Unterschied bezüglich der Abstraktionshöhe ergibt sich zum einen naturgemäss eine Hierarchie entlang der Abstraktionsachse. Abstraktere Konzepte stehen dabei über den weniger abstrakten. Zum anderen vermag diese Hierarchie das erwähnte Verhältnis zwischen Vielfalt und Einheit zu klären. Auf diese beiden Aspekte ist im Folgenden einzugehen.

B. Intensionaler und extensionaler Gehalt

603 Die Intension ist die «Aufzählung der Merkmale, die auf einen Gegenstand zutreffen müssen, damit ein bestimmter allgemeiner Ausdruck zu Recht auf ihn angewandt wird».¹³²¹ Der intensionale Gehalt eines Konzepts oder Begriffs nimmt also ab, wenn sich die Anzahl erforderlicher Merkmale verringert. Mit der abnehmenden Menge von Merkmalen steigt logischerweise die Abstraktionshöhe.¹³²² Aus der geringeren Merkmalsdichte und damit grösseren Abstraktionshöhe der Makroebene ergibt sich ein geringerer intensionaler Gehalt ebendieser Makroebene im Vergleich zur Mikroebene.

1319 Auf das Problem, dass induktive Schlüsse logisch nicht zwingend sind, ist zurückzukommen: s. dazu unten Rz. 646 ff.

1320 METZGER, Rechtsgrundsätze, 58 a. A.

1321 HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 235; WANK, Begriffsbildung, 35.

1322 FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 40; LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 266; vgl. auch LARENZ, Methodenlehre, 454.

Aus diesem geringeren intensionalen Gehalt ergibt sich zwangsläufig ein grösserer extensionaler Gehalt.¹³²³ Die Extension bezeichnet die Menge von Anwendungsfällen, die einem Begriff oder Konzept zugeordnet werden können – gewissermassen den (Bedeutungs-)Umfang bzw. die Ausdehnung eines Begriffs oder Konzepts.¹³²⁴ 604

Dieses Verhältnis von intensionalem und extensionalem Gehalt ist,¹³²⁵ 605 dies sei zugestanden, ebenso wenig bahnbrechend wie die Feststellung, dass sich die Gemeinsamkeiten (Makroebene) auf höherer Abstraktionsebene befinden als die Anwendungsfälle, aus denen ebendiese Gemeinsamkeiten induktiv erschlossen wurden. Die grössere Abstraktionshöhe der Makroebene erklärt allerdings ein bereits erwähntes Phänomen; die (inhaltlich nicht begründbare)¹³²⁶ Gleichsetzung der verschiedenen Anwendungsfälle bei oberflächlicher Betrachtung.¹³²⁷ Werden die einzelnen Anwendungsfälle und die – notwendigerweise extensionalere – Makroebene nicht unterschieden oder wird nur auf die Makroebene fokussiert (oder ist die Betrachtung einfach oberflächlich, sodass die Einzelheiten aus dem Fokus fallen), ist es ein Leichtes, anzunehmen bzw. zu behaupten, dass wirtschaftliche Berechtigung überall dasselbe bedeute.

Die Erkenntnis, dass eine Mikro- und eine Makroebene zu unterscheiden 606 sind, sowie das Wissen um deren Verhältnis sind im Lichte der in der Lehre vertretenen Extrempositionen interessant. In der Lehre wird – das ist das eine Extrem – vertreten, dass wirtschaftliche Berechtigung überall dasselbe bedeute.¹³²⁸ Am anderen Ende des Meinungsspektrums steht die Auffassung, dass wirtschaftliche Berechtigung überall einen eigenen Gehalt aufweise.¹³²⁹ Die hier vorgenommene Unterscheidung vermag diese beiden Extrempositionen ein Stück weit zu vereinen. Bezogen auf die Makroebene ist die eine Position richtig, bezogen auf die Mikroebene die andere. Im Ergebnis ist einer vermittelnden Position¹³³⁰ der Vorzug zu geben. Am treffendsten ist dabei KUSTER, der von einer allen Anwendungsfällen gemeinsamen

1323 FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 40; LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 266; im Grundsatz zustimmend: HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 250 f.; vgl. auch LARENZ, Methodenlehre, 454.

1324 HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 233 f.; WANK, Begriffsbildung, 35.

1325 Die beiden Begriffe lassen sich plastischer auch als Begriffsumfang (Extension) und Begriffsinhalt (Intension) bezeichnen (HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 248) oder als Anwendungsbereich und Aussagegehalt (LARENZ, Methodenlehre, 454).

1326 S. dazu oben Rz. 526, Rz. 578.

1327 S. dazu oben Rz. 481.

1328 S. dazu oben Rz. 459, Rz. 463, Rz. 467.

1329 S. dazu oben Rz. 460, Rz. 465.

1330 S. dazu oben Rz. 461, Rz. 464.

Idee ausgeht.¹³³¹ Damit kommt er, ohne sich mit (der hier so bezeichneten) Mikro- und Makroebene auseinandergesetzt zu haben, der Sache offenkundig nahe.

C. Klassifikation

607 In diesem Kapitel sollen die bisher als Konzept, Anwendungsfall, Grundkonzept etc. bezeichneten Erscheinungen klassifiziert werden. Diese Klassifikation ist kein reiner Selbstzweck. Durch ihre systematisierende Funktion ermöglicht sie es, Unterschiede, Gemeinsamkeiten und Zusammenhänge deutlicher hervortreten zu lassen. Dadurch erleichtert sie den Umgang mit den einzelnen zu klassifizierenden Objekten und ermöglicht allenfalls Aussagen über Objektgruppen. Insb. die Unterscheidungsfunktion soll auch für eine begriffliche Klarstellung fruchtbar gemacht werden.¹³³²

608 Das Ordnungsprinzip der Klassifikation ist naheliegenderweise die Abstraktionshöhe. Die zu klassifizierenden Objekte weisen von oben nach unten hin einen immer geringeren Abstraktionsgrad bzw. höheren Konkretisierungsgrad auf. Anders gewendet bedeutet dies, dass der intensionale Gehalt steigt, während der extensionale Gehalt sinkt.

1. Makroebene: Grundkonzept

609 Auf der obersten Stufe der Klassifikation steht die Makroebene, da sie die grösste Abstraktionshöhe aufweist.¹³³³ Damit weist dieses Klassifikationsobjekt im Vergleich zu den anderen den geringsten intensionalen Gehalt auf. Es wird hier als Grundkonzept bezeichnet. Der Inhalt dieses Grundkonzepts wurde bereits beschrieben; es ist – in aller Kürze – die Summe der Gemeinsamkeiten der untersuchten Anwendungsfälle.¹³³⁴

610 Aufgrund des geringen intensionalen Gehalts bietet das Grundkonzept der Rechtspraxis im konkreten Einzelfall kaum eine Hilfestellung. Es vermag jedoch die Auseinandersetzung mit der wirtschaftlichen Berechtigung zu strukturieren und trägt deshalb indirekt zum besseren Verständnis bei. Es hat also v.a. eine ordnende Funktion und wird deshalb Grundlage der rechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit der wirtschaftlichen Berechtigung bilden.¹³³⁵

1331 S. dazu oben Rz. 464 sowie Rz. 476.

1332 S. dazu auch unten Rz. 616 ff.

1333 Diese Einordnung ergibt sich auch aus der Untersuchungsanlage (vgl. dazu oben Rz. 588).

1334 S. dazu oben Rz. 588 ff.

1335 S. dazu unten Rz. 639.

Auch wenn das Grundkonzept hierarchisch über den anderen Konzepten 611 steht, ist es nicht – weder in einem begriffsjuristischen noch einem rechts-historischen Sinne – der Vorfahre der untersuchten Anwendungsfälle. Es ist eine Abstraktion davon und damit – gleichsam als grösster gemeinsamer Nenner – ein gedankliches Produkt der induktiven Betrachtung der Anwendungsfälle. Somit handelt es sich beim Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung um ein systematisierendes und ordnendes Gedankenkonstrukt, gewissermassen die Tiefenstruktur der verschiedenen Anwendungsfälle, also um eine rechtsdogmatische Figur.¹³³⁶

2. Mikroebene: (untergeordnete) Konzepte

Dem Grundkonzept logischerweise untergeordnet, da Grundlage des daraus 612 induktiv gewonnenen Grundkonzepts, ist die Mikroebene. Die zu klassifizierenden Objekte sind die verschiedenen, bisher meist als Anwendungsfälle bezeichneten¹³³⁷ Konzepte. Der Einfachheit halber und mit Blick auf das übergeordnete *Grundkonzept* wird nun für die Anwendungsfälle schlicht der Begriff des Konzepts verwendet.¹³³⁸ Bei Bedarf kann zwecks Klarstellung von untergeordneten Konzepten die Rede sein.

Auf der Ebene der Konzepte existiert eine Mehrzahl an zu klassifizierenden 613 Objekten. Allerdings drängt sich mit Blick auf das hier gewählte Ordnungsprinzip (Abstraktionshöhe) keine Hierarchie der Konzepte untereinander auf. Diese stehen auf derselben Stufe nebeneinander. Auf deren Inhalt wird an dieser Stelle nicht (nochmals) eingegangen; er ergibt sich aus den Ausführungen in Teil I.

3. Instantiierungen

Am untersten Ende der Klassifikation befinden sich die Instantiierungen. Es 614 handelt sich dabei um die tatsächlich auftretenden Fälle wirtschaftlicher Berechtigung. Als konkrete und individuelle Manifestierungen eines Konzepts fehlt ihnen jegliche Abstraktheit. Es sind sozusagen realweltliche Anwendungsfälle.

Eine inhaltliche Beschreibung der Instantiierungen ist aufgrund dieser 615 Natur weder möglich noch sinnvoll; es gibt unzählige tatsächlich auftretende Fälle und noch mehr theoretisch denkbare Konstellationen.

1336 S. dazu unten Rz. 833.

1337 Vgl. dazu oben Rz. 18.

1338 Dies ermöglicht eine begriffliche Abgrenzung zur Instantiierung, die letztlich auch eine Art «Anwendungsfall» ist (s. dazu sogleich Rz. 614 f.).

D. Notwendigkeit begrifflicher Differenzierungen

616 Im Rahmen dieser Untersuchung wurden bisher verschiedene Ausdifferenzierungen wirtschaftlicher Berechtigung aufgezeigt. Diese Ausdifferenzierungen erfolgten einerseits horizontal¹³³⁹ hinsichtlich verschiedener konkreter Ausgestaltungen¹³⁴⁰ und andererseits vertikal¹³⁴¹ betreffend abstrakte Konzepte¹³⁴². Diese Differenzierungen haben sich noch nicht in einer konsistenten Terminologie niedergeschlagen. Bis anhin war von Anwendungsfällen, Konzept(en) der wirtschaftlichen Berechtigung, Konzept(en), Spielart(en) etc. die Rede. Damit sind bzw. waren unweigerlich (begriffliche) Unklarheiten verbunden. Da nun die inhaltlichen Ausdifferenzierungen und ihre Relationen zueinander klar sind, ist eine begriffliche Differenzierung angezeigt.

617 Die (vertikale) begriffliche Differenzierung entlang der Abstraktionshöhe erfolgt gemäss den eingeführten Begriffen: Grundkonzept, (untergeordnetes) Konzept und Instantiierung.

618 Auf Stufe der Konzepte war in dieser Untersuchung bisher schlicht von «Anwendungsfällen» die Rede. Allerdings ist aufgrund der Verschiedenartigkeit dieser «Anwendungsfälle» eine begriffliche Differenzierung geboten. Diese erfolgt nicht auf der grünen Wiese, sondern vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber Differenzierungen vorgenommen hat: Nutzungsberechtigung, wirtschaftliche Berechtigung, wirtschaftliches Verfügen etc. Diese Begriffswahl ist willkürlich, da kein Zusammenhang mit der inhaltlichen Ausgestaltung des jeweiligen Konzepts erkennbar ist.¹³⁴³ Das ist insofern unproblematisch, als jeder Namensgebung ein willkürliches Element innewohnt.

619 Problematisch ist demgegenüber der Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung. Mit diesem Begriff sind verschiedene intensionale Gehalte verbunden.¹³⁴⁴ Somit ist der Begriff mehrdeutig,¹³⁴⁵ womit eine begriffliche Differenzierung nottut. Naheliegend und sinnvoll ist die Beseitigung der Mehrdeutigkeit durch Angabe eines Normbezuges.¹³⁴⁶ Die Aussage, dass X (an Y) *i.S.v. Art. 4 GwG* wirtschaftlich berechtigt ist, ist eindeutig. Verfehlt

1339 Vgl. dazu oben Rz. 613.

1340 S. dazu etwa oben § 13.

1341 S. dazu oben Rz. 608.

1342 S. dazu oben Rz. 607ff.

1343 S. dazu oben Rz. 584.

1344 S. dazu nur oben Rz. 362.

1345 Vgl. HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 261; WANK, Begriffsbildung, 37.

1346 Vgl. HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 263; WANK, Methodenlehre, § 8 Rz. 51; u.U. ist die blosse Angabe des Erlasses ausreichend (a.a.O., § 8 Rz. 51).

wäre es dagegen, von *der* wirtschaftlichen Berechtigung des X (an Y) zu sprechen. Letzteres wäre aufgrund der Vielfalt der Konzeptgestaltungen nicht eindeutig.

IV. Schlussbemerkungen

Die – auch in der Doktrin teilweise angenommenen oder angesprochenen – 620
Gemeinsamkeiten der verschiedenen Konzepte verdichten sich zu einem Grundkonzept. Da es sich dabei um ein induktiv gewonnenes gedankliches Konstrukt handelt, liegt darin kein Widerspruch zur erkannten inhaltlichen Verschiedenheit der untersuchten Konzepte. Da Gemeinsamkeiten und Unterschiede auf unterschiedlichen Abstraktionsniveaus angesiedelt sind, können diese (scheinbar) konträren Charakteristiken widerspruchsfrei nebeneinander bestehen.

Diese Differenzierung nach Abstraktionshöhe sowie die inhaltliche Verschiedenheit der Konzepte verlangen nach begrifflicher Differenzierung. Entlang der Dimension der Abstraktion erfolgt die begriffliche Differenzierung in drei Stufen: Grundkonzept, Konzept, Instantiierung.¹³⁴⁷ Die Abgrenzung der Konzepte untereinander erfolgt durch Angabe des Normbezugs, sofern nicht der Gesetzgeber einen eindeutig zuordenbaren Begriff gewählt hat. 621

In Anbetracht des geringen intensionalen Gehalts des Grundkonzepts stellt sich die Frage, von welcher Relevanz dieses Grundkonzept sein soll. Die eingangs notwendigerweise offengelassene Frage, was alles «Spielarten» wirtschaftlicher Berechtigung sind, kann das Grundkonzept nicht klären. Da es induktiv aus den untersuchten Konzepten gewonnen wurde, lassen sich logischerweise alle diese Konzepte darunter subsumieren. 622

Eine Ausnahme bilden hier nur die untersuchten Konzepte im SchKG und im VStG, aber nur, wenn sie als blosse Missbrauchsbestimmungen betrachtet werden. Diesfalls fehlte ihnen nämlich die dem Grundkonzept eigene Struktur, Zuordnungsfunktion etc., womit sie nicht unter das Grundkonzept subsumierbar wären. Auch in der Funktionalität gäbe es Unterschiede. Es macht aber im Ergebnis keinen Unterschied, ob bspw. im SchKG einem Schuldner ein Vermögenswert zugerechnet wird, weil die Beachtung der formalen Verhältnisse – also die «Nichtzurechnung» des Vermögenswerts – rechtsmissbräuchlich ist, oder ob dem Schuldner der Vermögenswert kraft wirtschaft- 623

1347 Im Sinne einer Klarstellung kann der Zusatz «der wirtschaftlichen Berechtigung» angefügt werden (also bspw. Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung). Im Rahmen dieser Untersuchung erübrigt sich dies, da der Kontext klar ist.

licher Berechtigung zugerechnet wird. Da jedoch eine Missbrauchsbestimmung begriffsnotwendig einen Rechtsmissbrauch voraussetzt – was bei keinem der Konzepte und damit auch beim Grundkonzept nicht der Fall ist –, sind die Voraussetzungen für eine Zuordnung bei Annahme einer Missbrauchsbestimmung höher. Damit sind zwar die möglichen Ergebnisse (Zuordnung oder keine Zuordnung) gleich, doch es wird aufgrund der höheren Voraussetzungen weniger oft zur Zuordnung kommen.

624 Wie oben dargelegt, taugt das Grundkonzept aus logischen Gründen nicht zur Klärung der Frage, welche Konzepte als Varianten wirtschaftlicher Berechtigung zu betrachten sind. Ungeachtet dessen zeigt es eine grosse Zahl inhaltlicher und struktureller Übereinstimmungen der Konzepte auf. Das indiziert eine konzeptuelle Ähnlichkeit der untergeordneten Konzepte, die beim Vergleich zufällig ausgewählter rechtlicher Erscheinungen kaum aufgetreten wäre.

625 Das Grundkonzept hat also die Funktion, die inhaltlichen und strukturellen Ähnlichkeiten der Konzepte kondensiert darzustellen. Dabei sind die inhaltlichen Ähnlichkeiten aus konzeptueller Sicht weniger interessant als die strukturellen. Die Ausformulierung der inhaltlichen Ähnlichkeiten wird in aller Regel in einem wenig aufschlussreichen Formelkompromiss enden, nach dem Muster «Ein bestimmtes Subjekt kontrolliert unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein vermögenswertes Objekt». ¹³⁴⁸ Mit einer solchen vagen Formel ist nichts gewonnen. Sie verdeckt lediglich die nicht unwesentlichen inhaltlichen Unterschiede der Konzepte, ohne einen wirklichen Erkenntnisgewinn zu liefern. Der Erkenntnisgewinn liegt nicht in einem solchen Formelkompromiss, sondern in der Einsicht, dass die untersuchten Konzepte alle dieselbe Grundstruktur aufweisen und ähnliche Funktionen erfüllen. Darauf aufbauend lassen sich die verschiedenen Konzepte systematisch erfassen, vergleichen, auf ihre Funktionalität prüfen. Dies ist bei der Beschreibung als blosser Formel nach obigem Schema nur schwerlich möglich. Es ist der systematisierende Charakter des Grundkonzepts, der eine dogmatische Erfassung ermöglicht. Darin liegt die Relevanz des Grundkonzepts.

1348 Vgl. dazu oben Rz. 481.

§ 15 Schlussbemerkungen zu Teil II

Die am Ende des Teils I geäußerte Vermutung, dass es kein einheitliches Konzept wirtschaftlicher Berechtigung gebe, hat sich in Teil II bestätigt. Die untersuchten Konzepte sind inhaltlich klar zu unterscheiden. Zu bedauern ist dabei insb., dass eine begriffliche Differenzierung fehlt. Auch wenn Rechtswissenschaft und Praxis mit mehrdeutigen Begriffen umgehen können, wäre eine solche Differenzierung sinnvoll. 626

Es bleibt die Erkenntnis, dass es nicht *die* wirtschaftliche Berechtigung gibt, sondern höchstens die wirtschaftliche Berechtigung i.S.v. Art. XY eines bestimmten Erlasses. Man mag diese Aussage (nicht zu Unrecht) als Binsenwahrheit qualifizieren.¹³⁴⁹ In Anbetracht des Umstandes, dass oft von *der* wirtschaftlichen Berechtigung schlechthin die Rede ist, tut diese Feststellung dennoch not. 627

Teil II hat eine weitere Vermutung aus Teil I bestätigt: Es gibt zahlreiche Gemeinsamkeiten, insb. hinsichtlich der Struktur und der Funktionen. Diese Gemeinsamkeiten gerinnen induktiv zu einem Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung. 628

Vor dem Hintergrund der vielen Gemeinsamkeiten stellt sich unweigerlich die Frage nach dem Grund für die Unterschiede im Detail. Naheliegend ist, dies der Zweckorientierung der Konzepte zuzuschreiben. Je nachdem, in welche Normlandschaft das jeweilige Konzept eingebettet ist, dient es anderen Zwecken, was wiederum – der starken Zweckorientierung geschuldet – andere Ausprägungen mit sich bringt. So würde eine dogmatisch nachvollziehbare Antwort auf die Frage nach dem Grund der inhaltlichen Unterschiede lauten. Es ist jedoch kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den verschiedenen Ausgestaltungen und den Normzwecken erkennbar. Die Unterschiede sind – (gerade auch) im Lichte der Normzwecke – vielmehr willkürlich. Der Grund für die verschiedenartigen Ausgestaltungen ist wahrscheinlich schlicht und ergreifend in der unsystematischen Arbeitsweise des Gesetzgebers begründet. 629

1349 Vgl. WANK, Methodenlehre, § 7 Rz. 39.

630 Daraus (sowie aus der Natur des Induktionsschlusses¹³⁵⁰ und den Entstehungsgeschichten der Konzepte¹³⁵¹) erhellt auch, dass das Grundkonzept nicht gesetzgeberischer Leitstern der untersuchten Konzepte war, sondern dass das Grundkonzept ein (induktiv gewonnenes) gedankliches Konstrukt ist.¹³⁵² Damit drängt sich die Frage nach der Relevanz des Grundkonzepts auf.

631 In Anbetracht der vielfältigen Ausgestaltungen der untergeordneten Konzepte erschiene auch die Befassung mit und die weitere Konturierung ebendieser Konzepte als gangbarer Weg. Allerdings hat diese Untersuchung gezeigt, dass die Versuche, die diversen Konzepte genauer zu (er-)fassen, nicht selten kaum mehr als Formelkompromisse hervorbringen, womit die Konkretisierungsarbeit schlicht auf den Zeitpunkt der Rechtsanwendung verschoben wird. Das kann nicht das Ziel sein. Eine andere Herangehensweise wäre die detaillierte Auflistung von Instantiierungstypen mit einer Beschreibung ihrer konzeptuellen Erfassung. Das würde sowohl den Umfang dieser Untersuchung sprengen als auch deren Zielsetzung verfehlen.¹³⁵³ Eine Auseinandersetzung mit dem Grundkonzept ist vielversprechender. Sie ermöglicht es – im Idealfall – mittels systematisierender Aufarbeitung des Rechtsstoffes Hinweise und evtl. Lösungen für den Umgang mit den inkongruenten Konzepten aufzuzeigen. Entsprechend widmet sich Teil III der dogmatischen Betrachtung des Grundkonzepts, also gewissermassen der Grundmechanik der wirtschaftlichen Berechtigung.

632 Abschliessend ist auf die – zu Beginn der Untersuchung notwendigerweise offengelassene – Frage zurückzukommen, was alles «Spielarten» der wirtschaftlichen Berechtigung sind. Diese Frage lässt sich nicht abschliessend beantworten. Zum einen fehlt es an *der einen* wirtschaftlichen Berechtigung. Zum anderen kann das Grundkonzept logischerweise nicht als Referenz genommen werden, handelt es sich doch dabei um das Ergebnis eines Induktionsschlusses aus den zu kategorisierenden Untersuchungsobjekten. Wahrscheinlich ist in Anbetracht der unsystematischen Arbeitsweise des Gesetzgebers schlicht die Frage nach *der* wirtschaftlichen Berechtigung falsch.

633 Ungeachtet dieser Probleme fällt auf, dass die Konzepte im VStG und SchKG nicht unter das Grundkonzept subsumierbar sind, wenn sie – wie dies in älteren Ansichten verbreitet war – als blosse Missbrauchsnormen betrachtet werden. Auch rechtshistorisch stehen diese Konzepte in keinem Zusammenhang miteinander oder mit einem der anderen Konzepte. Mit Blick

1350 S. dazu oben Rz. 622.

1351 S. dazu oben § 3.

1352 S. dazu oben Rz. 611.

1353 S. dazu oben Rz. 9f.

auf diese Differenzen stellt sich die Frage, weshalb diese Konzepte – in der jüngeren wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit ihnen – dennoch solche Ähnlichkeiten mit den anderen untersuchten Konzepten aufweisen.

Die Entwicklung im VStG kann hier eine Antwort liefern. Mit zunehmender Kreativität der Steuerpflichtigen bei der Gestaltung von «Schachtelstrukturen» wuchs das Bedürfnis, solche Strukturen transparent zu betrachten.¹³⁵⁴ Weniger eindeutig ist die Entwicklung im SchKG, wobei m.E. ähnliche Gründe (wie im VStG) dafür sprechen, auch dort diese Richtung einzuschlagen.¹³⁵⁵ 634

Bei dieser Zwecksetzung und Funktion werden die Parallelen und Anklänge zu anderen Konzepten, namentlich im Geldwäschereirecht, OR und Börsenrecht, und den Problemen, die diese lösen müssen, offenkundig. Die (rechtshistorischen und konzeptuellen) Ausgangspunkte der Konzepte mögen jeweils andere gewesen sein, doch der Anpassungsdruck hat sie in funktional ähnliche Bahnen geleitet. Überall dort, wo es sich als notwendig oder wünschenswert erweist, eine Kontrollbeziehung wirtschaftlich betrachtet zu erfassen, drängt sich das Grundkonzept auf. Es bestehen in diesen Fällen also – um eine evolutionsbiologische Analogie zu bemühen – ähnliche Umweltbedingungen bzw. ein konvergenter Selektionsdruck. Das führt durch eine konvergente Evolution (auch bei fehlender Verwandtschaft) zu ähnlichen Ergebnissen bzw. Konzepten. 635

1354 Vgl. dazu oben Rz. 101 sowie ferner Rz. 109.

1355 Vgl. dazu auch oben Rz. 191 ff.

Teil III:
Dogmatische
Betrachtung

§ 16 Vorbemerkungen zu Teil III

- 636 In Teil II wurden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der in Teil I untersuchten Konzepte herausgeschält. Dabei haben sich im Kern zwei Dinge gezeigt. Zum einen gibt es kein einheitliches Verständnis bzw. Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung. Zum anderen gibt es dennoch nicht unerhebliche Gemeinsamkeiten, die sich zu einem Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung verdichten.
- 637 Mit einer blossen Auflistung dieser Gemeinsamkeiten ist nicht viel gewonnen. Vielmehr bedarf es einer systematisierenden Betrachtung und einer In-Bezug-Setzung zur Rechtsordnung, also einer dogmatischen Betrachtung. Vor der Schwierigkeit¹³⁵⁶ oder – *horribile dictu* – Irrelevanz¹³⁵⁷ eines solchen Vorhabens wurde schon gewarnt.
- 638 Die Rechtsdogmatik will das Recht durchdringen und ordnen, um Fragen der Rechtspraxis beantworten zu können.¹³⁵⁸ Es geht darum, Unterscheidungen einzuführen, Prinzipien zu erarbeiten und übergreifende Rechtsgedanken zu erkennen,¹³⁵⁹ um den Rechtsstoff für die Praxis handhabbar zu machen.¹³⁶⁰ Weshalb eine rechtsdogmatische Betrachtung im Fall der wirtschaftlichen Berechtigung besonders schwierig oder irrelevant sein soll, ist nicht ersichtlich. Mit Blick auf den damit (hoffentlich) verbundenen Erkenntnisgewinn, darf sie jedenfalls nicht unversucht bleiben.
- 639 Wie erwähnt, ist das Grundkonzept Gegenstand der dogmatischen Betrachtung.¹³⁶¹ Eine separate (dogmatische) Aufarbeitung sämtlicher untersuchten Konzepte würde sowohl den Rahmen dieser Untersuchung sprengen als auch deren Ziel verfehlen.¹³⁶² Ausserdem kann die Rechtsdogmatik ihre

1356 S. dazu oben FN 28.

1357 Vgl. SCHENKER, Übernahmerecht, 99 FN 401.

1358 BUMKE, Rechtsdogmatik, 1 m.w.H.; KÖTZ, Rechtsvergleichung, 204.

1359 BUMKE, Rechtsdogmatik, 1; vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 311.

1360 BUMKE, Rechtsdogmatik, 53; KÖTZ, Rechtsvergleichung, 205. Zu den (weiteren) Funktionen der Rechtsdogmatik s. etwa BUMKE, Rechtsdogmatik, 45 ff. sowie RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 321 ff.

1361 S. dazu oben Rz. 631.

1362 Vgl. dazu oben Rz. 9 f. sowie ferner Rz. 18.

Funktionen nur erfüllen, wenn sie «abstrahiert vom konkreten Regelungsinhalt» arbeitet.¹³⁶³ Es drängt sich also geradezu auf, das Grundkonzept – als Abstraktion von den untersuchten Konzepten – zum Gegenstand der dogmatischen Betrachtung zu machen.

In diesem Zusammenhang ist (erneut)¹³⁶⁴ darauf hinzuweisen, dass es sich beim Grundkonzept nicht um eine Figur handelt, die in der Rechtssetzung oder Praxis vorkommt.¹³⁶⁵ Dessen Ausdifferenzierung und Operationalisierung dient somit nicht unmittelbar der Lösung rechtspraktischer Probleme auf Stufe der untergeordneten Konzepte. Durch Ausdifferenzierung und Operationalisierung des Grundkonzepts können jedoch (mittelbar) Problemkomplexe geordnet und rechtsdogmatisch tragfähige Ansätze für die untergeordneten Konzepte aufgezeigt werden. Es geht also nicht darum, direkt subsumtionsfähige Rechtssätze zu entwerfen, sondern um das Aufzeigen dogmatischer Grundlinien. Nicht mehr und nicht weniger als das ist das Ziel dieser Untersuchung.¹³⁶⁶ Im Sinne einer Klarstellung ist festzuhalten, dass es bei der dogmatischen Betrachtung des Grundkonzepts nicht darum geht, alle (untergeordneten) Konzepte in einen Topf zu werfen. Vielmehr soll eine rechtsdogmatische Konsolidierung erfolgen, welche die Einzellösungen der Konzepte in den Kontext eines geschlossenen Grundkonzepts stellt.¹³⁶⁷

Die dogmatische Betrachtung des Grundkonzepts erfolgt in zwei Schritten. Zunächst wird in § 17 das Grundkonzept ausdifferenziert. Es geht dabei darum, die Elemente und die Funktionsweise des Grundkonzepts in systematischer Weise zu beschreiben und zu konzeptualisieren. Diese Ausdifferenzierung weist dem nächsten Schritt – der Operationalisierung – den Weg, indem sie Struktur, Funktionen und Probleme aufzeigt. Im zweiten Schritt in § 18 geht es darum, das (vorgängig konturierte) Grundkonzept praktisch nutzbar zu machen, d.h. aufzuzeigen, wie damit rechtsdogmatisch korrekt und präzise umgegangen werden kann. Dieser Schritt wird hier als Operationalisierung bezeichnet.

1363 BUMKE, Rechtsdogmatik, 53.

1364 S. dazu oben Rz. 630.

1365 S. dazu oben Rz. 611.

1366 S. dazu oben Rz. 7f., Rz. 21.

1367 Vgl. hierzu SCHMIDT, Rechtsdogmatik, 24.

§ 17 Ausdifferenzierung des Grundkonzepts

642 Die Untersuchung hat gezeigt, dass es ein Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt. Dessen Konturen sind jedoch diffus geblieben. Das ist in erster Linie der fehlenden Auseinandersetzung mit diesem Grundkonzept geschuldet. Bisher herrschten im Wesentlichen zwei Ansichten vor. Entweder wurde vertreten, die verschiedenen untergeordneten Konzepte entsprächen (mehr oder weniger) demselben Konzept, womit sich eine weitere Auseinandersetzung mit der Thematik erübrige.¹³⁶⁸ Oder es wurde vertreten, eine vertiefte (dogmatische) Erfassung sei kaum möglich,¹³⁶⁹ womit sie ebenfalls unterblieb.

643 Im Folgenden soll – eingedenk der Erkenntnis, dass nur das Grundkonzept überall dasselbe ist und sich die untergeordneten Konzepte unterscheiden – das diffus gebliebene Grundkonzept schärfer konturiert werden. Darauf aufbauend werden Ansätze zu einem rechtsdogmatisch korrekten Umgang mit diesem Grundkonzept aufgezeigt. Die so gewonnenen Lösungsansätze betreffend das Grundkonzept lassen sich – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen untergeordneten Konzepts – für die untergeordneten Konzepte fruchtbar machen.

644 Ziel ist nicht die Verdichtung des Grundkonzepts hin zu einem tatbestandlich verfestigten und damit subsumtionsfähigen Konzept. Das ist aufgrund der abstrakten Natur des Grundkonzepts nicht sinnvoll möglich und würde die verschiedenartigen Ausdifferenzierungen der untergeordneten Konzepte gänzlich ignorieren. Es geht nur – aber immerhin – darum, mittels Ausdifferenzierung des Grundkonzepts Lösungswege zur Systematisierung und Konkretisierung der untergeordneten Konzepte zu entwickeln.

645 Im Sinne einer Klarstellung ist festzuhalten, dass es dabei nicht um eine Beschreibung des Identifikationsvorgangs hinsichtlich des wirtschaftlich Berechtigten geht. Dies wäre aufgrund der Natur des Grundkonzepts nicht möglich und ist nicht Ziel dieser Untersuchung.¹³⁷⁰

1368 Vgl. dazu oben Rz. 454 ff., ferner Rz. 481.

1369 Vgl. dazu oben FN 28.

1370 S. dazu oben Rz. 9f.

I. Das Grundkonzept als Ergebnis eines Induktionsschlusses

Die in diesem Paragrafen vorzunehmende Ausdifferenzierung bezieht sich auf das Grundkonzept wirtschaftlicher Berechtigung. Dieses ist das Ergebnis eines Induktionsschlusses. Um die Bedeutung der Folgenden Ausdifferenzierung richtig einschätzen zu können, ist deshalb kurz auf die Eigenschaft des Grundkonzepts als induktiv gewonnenes Konzept einzugehen. 646

A. Belastbarkeit des Ergebnisses

1. Induktionsproblem

Induktiv gewonnene Erkenntnisse können unbestrittenermassen keine absolute Gültigkeit beanspruchen.¹³⁷¹ Sie sind nicht zwingend, da sie jederzeit durch Erweiterung der Induktionsbasis falsifiziert werden können.¹³⁷² Anders wäre dies nur, wenn die Gleichförmigkeit der Rechtswissenschaft angenommen würde, sodass jede Erweiterung der Induktionsbasis – also die Betrachtung weiterer untergeordneter Konzepte – zum selben Ergebnis führen müsste. Eine Absicherung über die Annahme der Gleichförmigkeit der Rechtswissenschaft kommt nicht in Frage.¹³⁷³ Die erkannte Ähnlichkeit (nicht Gleichheit!) der Untersuchungsobjekte vermag diese Annahme nicht ausreichend zu begründen, da es sich ebenfalls um einen Induktionsschluss handelt und das Argument ein Zirkelschluss wäre. Auch kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber rechtsdogmatisch konsistent ist. Es ist seine Prerogative, sich nicht an derartige Einteilungen zu halten.¹³⁷⁴ Zu guter Letzt ist das systematische Argument der Einheit der Rechtsordnung zu betrachten. Es erscheint naheliegend, damit die induktionsabsichernde Gleichförmigkeit zu begründen. Dieser Ansatz scheitert daran, dass die Einheit der Rechtsordnung «durch die gewollte Verschiedenheit der Rechtsnormzwecke begrenzt» wird.¹³⁷⁵ Die Normzwecke der untersuchten Konzepte unterscheiden 647

1371 S. nur JOERDEN, Logik, 298; METZGER, Rechtsgrundsätze, 52.

1372 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 385; ferner WEIDMANN, Einkommensbegriff, XLVI.

1373 METZGER, Rechtsgrundsätze, 53, jedoch mit der Begründung, dass dies aufgrund der deontologischen Natur der Induktionsbasis und des Induktionsergebnisses ausgeschlossen sei.

1374 Vgl. ARZT, Rechtsnatur, 189; SCHMIDT, Rechtsdogmatik, 15 ff.

1375 EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER-BK ZGB2012, Art. 1 N 247; FELIX, Einheit, 404; s. ferner oben FN 1203.

sich,¹³⁷⁶ sodass das Argument der Einheit der Rechtsordnung nicht als Absicherung zum Tragen kommen kann. Daraus erhellt, dass induktiv gewonnene Erkenntnisse einer (nicht induktiven) Absicherung bedürfen.¹³⁷⁷

648 Im Sinne einer Beobachtung ist jedenfalls festzuhalten, dass die Rechtswissenschaft – wohlwissend um die Probleme der Induktion – wenig Mühe bekundet, diese Methode für ihre Zwecke fruchtbar zu machen.

2. Absicherung

649 In der Lehre werden verschiedene Methoden zur Absicherung von Induktionsschlüssen postuliert. Es kann hier nicht darum gehen, all diese Methoden in Gänze darzustellen. Zweck der nachfolgenden Ausführungen ist vielmehr, tragfähige Absicherungsmethoden für das hier interessierende Grundkonzept zu beleuchten.

2.1. Induktionsrechtfertigende Prämissen

650 METZGER bezeichnet die absichernden Elemente als induktionsrechtfertigende Prämissen.¹³⁷⁸ Darunter versteht er grundlegende Rechtsnormen oder ausserrechtliche Standards.¹³⁷⁹ Diese müssten aufgrund ihrer Abstraktheit noch mittels konkreter wertbezogener Standards rechtlicher und ausserrechtlicher Natur angereichert werden.¹³⁸⁰

651 Die Absicherung soll also durch die Berücksichtigung abstrakter Normen oder Standards erfolgen, die aufgrund ihrer Abstraktheit mittels wertbezogener, d.h. stark wertungs- und interpretationsbedürftiger Standards konkretisiert werden. Es muss bezweifelt werden, dass damit tatsächlich eine Absicherung der induktiv gewonnenen Ergebnisse erfolgen kann. Da der Auswahl der beizuziehenden Normen und Standards ein willkürliches Element innewohnt, scheint diese Methode geeignet, fast jeden Induktionsschluss «abzusichern». Entsprechend gering ist der Grad der dadurch vermittelten Sicherheit.

652 Mit Blick auf das hier interessierende Grundkonzept ist kein Konflikt mit grundlegenden Normen und Standards ersichtlich.¹³⁸¹ Nur gerade mit Blick auf das Legalitätsprinzip sind einige Punkte klärungsbedürftig, stehen aber

1376 S. dazu unten Rz. 665 sowie oben Rz. 483.

1377 METZGER, Rechtsgrundsätze, 52f.; vgl. auch WEIDMANN, Einkommensbegriff, XLIII sowie XLVI.

1378 METZGER, Rechtsgrundsätze, 52f.

1379 METZGER, Rechtsgrundsätze, 53.

1380 METZGER, Rechtsgrundsätze, 53f.

1381 Vgl. dazu etwa unten Rz. 845ff.

nicht zwingend im Widerspruch mit grundlegenden Normen.¹³⁸² Ungeachtet dessen bietet diese Vorgehensweise vorliegend, wie erwähnt, kaum eine Absicherung.

2.2. Deduktive Absicherung

Einen ähnlichen Ansatz wie METZGER wählt WEIDMANN, der festhält, dass das Induktionsergebnis «der deduzierenden Bestätigung bedarf».¹³⁸³ Diese erfolgt – den Ausführungen LARENZ' zur Überprüfung juristischer Theorien folgend –¹³⁸⁴ durch Auslegung der gleich- und übergeordneten Normumgebung, in die sich das Induktionsergebnis einfügen muss.¹³⁸⁵

Auch dieser Ansatz will – wie die induktionsrechtfertigenden Prämissen –¹³⁸⁶ das Induktionsergebnis durch einen Bezug zu übergeordneten Normen absichern. Damit sind die Probleme dieselben wie bei der Absicherung mittels induktionsrechtfertigender Prämissen. Der Vorgang ist zu diffus, um hinsichtlich des hier interessierenden Grundkonzepts eine brauchbare Absicherung zu liefern.¹³⁸⁷

2.3. Variative Induktion

Die variative Induktion lebt v.a. von einer möglichst grossen Varianz der Induktionsbasis.¹³⁸⁸ Dieser Ansatz ist, im Gegensatz zu den induktionsrechtfertigenden Prämissen und der deduktiven Absicherung, nicht von der Auswahl und Wertung übergeordneter Normen abhängig. Diesem objektiveren Ansatz zur Absicherung des Induktionsschlusses ist der Vorzug zu geben.

Im Rahmen dieser Untersuchung wurden Konzepte aus allen Rechtsgebieten mit verschiedenen Funktionen und Historien untersucht. Damit weist das Induktionsergebnis aufgrund der breiten Induktionsbasis eine hohe Reliabilität auf. Die Überzeugungskraft des Induktionsschlusses hängt aber nicht nur von einer möglichst breiten Induktionsbasis ab, sondern auch vom Ausschluss möglicher Alternativerklärungen.¹³⁸⁹

1382 S. dazu unten Rz. 792.

1383 WEIDMANN, Einkommensbegriff, XLVI.

1384 LARENZ, Methodenlehre, 449 ff., insb. 451 f.

1385 WEIDMANN, Einkommensbegriff, XLV f. Gemäss LARENZ, Methodenlehre, 451 erfolgt die Überprüfung der Ergebnisse anhand einer Untersuchung der «Vereinbarkeit mit anderen Normen, mit der Teleologie des Gesetzes oder auch [der Prüfung], ob sie «sachgerecht» sind.»

1386 S. dazu oben Rz. 650 ff.

1387 Vgl. dazu oben Rz. 651.

1388 METZGER, Rechtsgrundsätze, 55 f.

1389 METZGER, Rechtsgrundsätze, 55.

657 Sofern also die Auseinandersetzung mit möglichen Alternativerklärungen keine solchen zutage fördert, kann der Induktionsschluss in Anbetracht der breiten Induktionsbasis als gut gesichert gelten. Eine Auseinandersetzung mit möglichen Alternativerklärungen folgt weiter unten.¹³⁹⁰

3. Ergebnis

658 Nach dem Gesagten kann die Belastbarkeit des Grundkonzepts als Induktionsschluss noch nicht abschliessend bewertet werden; sie hängt insb. von der noch ausstehenden Auseinandersetzung mit möglichen Alternativerklärungen ab. Ungeachtet dessen ist die Induktionsbasis breit, sodass ein blosses Zufallsergebnis unwahrscheinlich ist. Wird die Induktion als Methode nicht rundweg abgelehnt,¹³⁹¹ ist im Grundkonzept im Minimum eine wohlfundierte Hypothese zu erblicken.¹³⁹² Das mag unbefriedigend erscheinen, doch ist aus pragmatischer Sicht festzuhalten, dass trotz dieser Schwäche die Induktion in der Rechtswissenschaft nicht selten *faute de mieux* ein nützliches Verfahren ist.¹³⁹³

659 I.S.d. Methodenehrlichkeit ist an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass eine Falsifizierung nicht ausgeschlossen ist. Es ist aber auch festzuhalten, dass in der Rechtswissenschaft die Auffindung eines dem Induktionsschluss zuwiderlaufenden Beispiels nicht zwingend das Ergebnis des Induktionsschlusses in Frage stellen muss. Es kann sich bei einem solchen «non-konformen» Fall schlicht um eine Ausnahme vom Grundsatz handeln, ohne dass der Geltungsanspruch des Grundsatzes deshalb hinfällig würde.¹³⁹⁴

B. Erkenntniswert für die untergeordneten Konzepte

660 Das induktiv gewonnene Grundkonzept kann nicht syllogistisch (also deduktiv) Anwendung auf konkrete Rechtsfragen finden.¹³⁹⁵ Dies ist aufgrund der Abstraktheit des Induktionsschlusses nicht möglich. Ebenso wenig können aus dem Grundkonzept auf dem Wege der Deduktion (weitere) untergeordnete Konzepte abgeleitet werden.

661 Das Grundkonzept bzw. die Auseinandersetzung damit haben aber eine systematisierende Funktion, die für die Auseinandersetzung mit den untergeordneten Konzepten von Bedeutung sein kann. Das Aufzeigen der konzept-

1390 S. dazu unten Rz. 848 ff.

1391 S. dazu die Ausführungen bei METZGER, Rechtsgrundsätze, 42 f.

1392 Vgl. METZGER, Rechtsgrundsätze, 43 ff.; ferner JOERDEN, Logik, 298.

1393 Vgl. METZGER, Rechtsgrundsätze, 59.

1394 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 385 f.; ferner METZGER, Rechtsgrundsätze, 52.

1395 Vgl. METZGER, Rechtsgrundsätze, 52.

tuellen Schwierigkeiten ermöglicht es, unabhängig (bzw. übergeordnet) von den untergeordneten Konzepten Ansätze zum Umgang mit dem Grundkonzept zu entwerfen, was – im Idealfall – als Leitlinie für den Umgang mit den untergeordneten Konzepten dienen kann.

Das Grundkonzept führt – wie erwähnt –¹³⁹⁶ die verschiedenen untersuchten untergeordneten Konzepte auf ihre Grundstruktur zurück und leistet damit einen Beitrag zur Entwicklung von Regeln im Umgang mit den untergeordneten Konzepten. Somit handelt es sich beim Grundkonzept um eine rechtsdogmatische Figur.¹³⁹⁷ 662

II. Die Elemente des Grundkonzepts

Im Rahmen der Horizontalbetrachtung wurde auf Differenzen und Gemeinsamkeiten der untergeordneten Konzepte eingegangen.¹³⁹⁸ Im Folgenden geht es nicht darum, einfach nochmals die erkannten Gemeinsamkeiten auszubreiten. Es geht vielmehr darum, die Strukturelemente des Grundkonzepts auszdifferenzieren, d.h., die Gemeinsamkeiten vor dem Hintergrund der dem Grundkonzept inhärenten Abstraktion ebenfalls in abstrahierter Weise zu konturieren. 663

A. Zweck

Der Zweck ist für das Grundkonzept auf zwei verschiedene Arten potenziell relevant. Zunächst einmal hat der Zweck naturgemäss einen bestimmten thematischen Inhalt, einen teleologischen Gehalt, der das Grundkonzept prägen kann. Darüber hinaus hat der Zweck, unabhängig von seinem teleologischen Gehalt, eine über das übliche Mass hinausgehende Relevanz für das Grundkonzept. Diese beiden Aspekte sind je einzeln zu betrachten. 664

1. Teleologischer Gehalt

Der teleologische Gehalt der untergeordneten Konzepte ist sehr unterschiedlich. Gemeinsamkeiten, die sich im Grundkonzept wiederfinden könnten, sind nicht auszumachen.¹³⁹⁹ Somit weist das Grundkonzept keine bestimmte Zwecksetzung auf. 665

1396 S. dazu oben Rz. 625.

1397 S. dazu unten Rz. 833.

1398 S. dazu oben Rz. 454 ff.

1399 S. dazu oben Rz. 483.

2. Gesteigerte Zweckrelevanz

666 Im Rahmen der Horizontalbetrachtung hat sich eine starke Zweckorientierung gezeigt, und zwar unabhängig vom teleologischen Gehalt des jeweiligen Konzepts. Darüber hinaus haben sich erste Hinweise auf die Gründe dafür ergeben.¹⁴⁰⁰ Ungeachtet dessen gebietet die Ausdifferenzierung des Grundkonzepts eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Erkenntnis.

667 Grundsätzlich hat der Zweck keine hervorgehobene Stellung in der Rechtsanwendung. Vielmehr ist er im Rahmen des pragmatischen Methodenpluralismus den anderen Auslegungsmethoden gleichgeordnet.¹⁴⁰¹ In der Lehre gibt es zwar vereinzelte Stimmen, die von einem Vorrang des Zwecks ausgehen,¹⁴⁰² doch hat sich diese Ansicht nicht durchgesetzt.¹⁴⁰³ Es bedarf also konkreter Gründe für die Annahme einer besonderen Wichtigkeit des Zwecks für das Grundkonzept.

668 Ausgangspunkt der Auslegung ist jeweils der Wortlaut.¹⁴⁰⁴ Im Zusammenhang mit den untergeordneten Konzepten und den jeweiligen Bezeichnungen haben sich zwei Phänomene deutlich gezeigt. Einerseits werden verschiedene Begriffe für ähnliche Konzepte verwendet (bspw. Nutzungsberechtigung, indirekter Erwerb, wirtschaftliche Berechtigung). Andererseits stecken hinter demselben Begriff unterschiedliche Konzepte. Das gilt in besonderem Masse für den Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung.¹⁴⁰⁵ Aber auch bei den anderen Begriffen bzw. den damit bezeichneten Konzepten zeigt sich eine grosse Vielfalt von Deutungsvarianten.¹⁴⁰⁶ Der intensionale Gehalt der jeweiligen Begriffe ist also gering. In Anbetracht dieser Unbestimmtheit «bleibt das grammatische Argument stumm.»¹⁴⁰⁷ Die absichtliche

1400 S. dazu oben Rz. 484.

1401 BGE 121 III 219 E. 1. d) aa) S. 225; aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 148 IV 96 E. 4.4.1.

1402 DUBS HANS, Die «ratio legis» in der bundesgerichtlichen Argumentation, in: Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Die Bedeutung der «ratio legis», Basel/Genf/München 2001, 21 ff., *passim*; mit Verweis auf DUBS (ebd.) geht KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 10 Rz. 13 FN 36 davon aus, dass die «wohl h.M.» dies so sehe; LANZ, Betrachtungsweise, 182 ff.

1403 EMMENEGGER/TSCHECHSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 197 m.w.H.; diese Autoren sehen aber im Zweck immerhin den «wichtigsten Teilgehalt» (a.a.O., Art. 1 N 290); SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 2338 ff.

1404 BGE 124 II 241 E. 3.; vgl. auch BGE 122 V 362 E. 4. a).

1405 S. dazu oben Rz. 362.

1406 Vgl. dazu oben die Ausführungen zur Nutzungsberechtigung (§ 4) und zum wirtschaftlichen Verfügen (§ 6) sowie Rz. 584.

1407 RÖTHEL, Normkonkretisierung, 134; ferner SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 933.

Unbestimmtheit¹⁴⁰⁸ hat überdies zur Folge, dass das historische Element kaum zum Tragen kommt, da der Gesetzgeber bewusst auf eine detaillierte Regelung verzichtet hat.¹⁴⁰⁹ Damit bleiben nur systematische und teleologische Überlegungen als methodische Orientierungspunkte.¹⁴¹⁰

Des Weiteren ergibt sich auch aus der – im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation relevanten –¹⁴¹¹ wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine erhöhte Bedeutung des Zwecks, handelt es sich doch dabei um einen «Sondertypus der teleologischen Auslegung».¹⁴¹² Gemäss SCHLUEP bedeutet die wirtschaftliche Betrachtungsweise gar «die ausdrückliche Möglichkeit der Verdrängung des klaren Wortsinnes durch andere Auslegungsinstrumente».¹⁴¹³ Ähnliches gilt für die Umgehungsverhinderungsfunktion, die ebenfalls eine erhöhte Zweckrelevanz mit sich bringt.¹⁴¹⁴ Die erhöhte Zweckrelevanz ist auch in funktioneller Hinsicht erklärbar. Wer (auch künftige) mannigfaltige ökonomische Realitäten lückenlos erfassen will, wird zwangsläufig Abstriche bei der Präzision des Normtexts machen und (als Ausgleich) ein ungleich grösseres Gewicht des Zwecks akzeptieren müssen.¹⁴¹⁵

Jeder dieser genannten Aspekte des Grundkonzepts bringt schon für sich genommen eine erhöhte Zweckrelevanz mit sich. In der Summe ergibt sich daraus mit grosser Klarheit eine erhöhte Zweckrelevanz für das Grundkonzept. Als Nebeneffekt resultiert eine erhöhte Relevanz rechtspolitischer Elemente, da teleologische Auslegung nie frei von rechtspolitischen Wertungen ist.¹⁴¹⁶

1408 S. dazu unten Rz. 761 ff.

1409 RÖTHEL, Normkonkretisierung, 135 f. Im Rahmen der Vertikalbetrachtung hat sich gezeigt, dass die Materialien kaum je Aufschluss über den materiellen Gehalt der untersuchten Konzepte gaben.

1410 Vgl. RÖTHEL, Normkonkretisierung, 136 ff. Mit einer ähnlichen Überlegung im Zusammenhang mit der Regelungstechnik in Art. 2 GwG: BGer 2A.62/2007 vom 30. November 2007 E. 8. a. A.: «Die in Art. 2 GwG verwendete Regelungstechnik, die den Kreis der Finanzintermediäre lediglich in einer *offenen* und beispielhaften Weise *umschreibt*, erfordert, bei der Auslegung dem *Sinn und Zweck* der Norm neben dem Wortlaut ein *erhöhtes Gewicht* beizumessen» [Hervorhebungen hinzugefügt].

1411 S. dazu oben Rz. 487.

1412 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329; KRAMER, Methodenlehre, 199; LANZ, Betrachtungsweise, 169 sieht die wirtschaftliche Betrachtungsweise als teleologische Extension; NOBEL, Betrachtungsweise, 467; s. dazu ferner oben Rz. 484.

1413 SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 1090.

1414 S. dazu oben Rz. 483 f. sowie unten Rz. 696 ff.

1415 Wenig überraschend sind deshalb gerade im Finanzmarktrecht Generalklauseln mit einer Zielumschreibung verbreitet (NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 43; vgl. dazu auch die Ausführungen des Bundesgerichts oben in FN 1410).

1416 SCHMIDT, Rechtsdogmatik, 11; vgl. auch LARENZ, Methodenlehre, 332 f.

B. Funktionen

1. Normkontextbezogene Funktionen

671 Die untergeordneten Konzepte weisen normkontextabhängig verschiedene Funktionen auf. So geht es etwa im FinfraG um die Identifikation des Melde-subjekts sowie um Markttransparenz. Im OR hingegen wird das Meldeobjekt identifiziert und es wird keine Publizität geschaffen. Das GwG knüpft keine Meldepflichten an die wirtschaftliche Berechtigung, sondern verlangt lediglich die Feststellung und Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten.

672 Schon dieser kurze Überblick zeigt, dass die untergeordneten Konzepte, durch ihren jeweiligen Normkontext bedingt, unterschiedliche Funktionen aufweisen. Diese sind deshalb nicht Teil des Grundkonzepts.

2. Normkontextunabhängige Funktionen

673 Nebst den normkontextbedingt unterschiedlichen Funktionen gibt es einige Funktionen, die sich in allen untergeordneten Konzepten wiederfinden. Das hat sich im Rahmen der Horizontalbetrachtung gezeigt¹⁴¹⁷ und soll hier vertieft werden.

2.1. Transparenzfunktion

674 Transparenz meint – nomen est omen – die Durchschaubarkeit von Abläufen oder Zuständen.¹⁴¹⁸ Die Subjekt-Objekt-Relation bedient sich jeweils einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, und die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist eine «durch die äussere Form hindurchdringende materielle Würdigung»¹⁴¹⁹ bzw. – etwas anschaulicher – ein «Röntgenauge»¹⁴²⁰. Vor diesem Hintergrund springt die Transparenzfunktion des Grundkonzepts förmlich ins Auge. Es schafft mittels wirtschaftlicher (und damit transparenter) Betrachtung der Subjekt-Objekt-Relation Transparenz über ebendiese Relation.

675 Das Grundkonzept sieht allerdings keine bestimmte Verwendung der dadurch gewonnenen Informationen vor. Im GwG muss der Sorgfaltsverpflichtete die Information festhalten. Im OR muss der Aktionär sie erhältlich machen und der Gesellschaft zwecks Registrierung mitteilen. Im FinfraG kommt es zur Veröffentlichung der Information. Der Adressatenkreis der gewonnenen Informationen variiert also normkontextabhängig stark.

1417 S. dazu oben Rz. 483 ff.

1418 Vgl. JUTZI, Unternehmenspublizität, Rz. 31.

1419 MEIER-HAYOZ, Vorkaufsfall, 271.

1420 BÖCKLI, Transponierungstheorie, 57.

Das Grundkonzept weist also eine Transparenzfunktion auf. Eine Publizitätsfunktion kommt ihm hingegen nicht zu.¹⁴²¹ Im jeweiligen Normkontext kann sich aber eine Publizitätsfunktion ergeben, wenn eine Publizitätspflicht normiert ist.¹⁴²² 676

2.2. Zuordnungsfunktion

Wie bereits festgestellt, weist das Grundkonzept eine Zuordnungsfunktion auf.¹⁴²³ Diese Feststellung bedarf der weiteren Entfaltung und Erörterung. Offenkundig ist zunächst, dass jeweils Subjekt und Objekt einander zugeordnet werden. Die Zuordnungsrichtung ist dabei normkontextabhängig unterschiedlich.¹⁴²⁴ Für das Grundkonzept ist sie deshalb irrelevant. 677

Unabhängig davon, aus welcher Richtung die Zuordnung vorgenommen wird, ist klar, dass die Zuordnung durch die Subjekt-Objekt-Relation geschieht. Sie definiert, nach welchen Kriterien die Zuordnung erfolgt und wann diese erfüllt sind. 678

2.2.1. *Nonpräskriptive Natur*

Vor einer vertieften Auseinandersetzung mit der Zuordnungsfunktion muss klargestellt werden, dass diese Funktion nicht präskriptiver Natur ist. Damit ist gemeint, dass sie vorhandene (je nach Ausgestaltung der Subjekt-Objekt-Relation tatsächliche und/oder rechtliche) Beziehungen erfasst und in Abhängigkeit von ihrer Beschaffenheit und Intensität kategorisiert. Das Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung und die damit einhergehende Zuordnungsfunktion sind weder Grund noch Regulativ für diese Beziehungen. Die Zuordnungsfunktion erfasst also nur, steuert aber nicht. In diesem Sinne ist die Zuordnungsfunktion nonpräskriptiv. 679

Mit der Zuordnungsfunktion an sich ist somit keine Steuerungsfunktion verbunden. Allerdings ist denkbar, dass bspw. mittels Anknüpfung bestimmter Rechtsfolgen an die Subjektposition¹⁴²⁵ ein untergeordnetes Konzept eine regulative Wirkung erzielt. 680

1421 S. dazu auch oben Rz. 485.

1422 Zu Grundrechtsproblemen im Rahmen von Transparenzregistern: Urteil des EuGH vom 22. November 2022, WM (C-37/20), Sovim SA (C-601/20) gegen Luxemburg Business Registers, ECLI:EU:C:2022:912.

1423 S. dazu oben Rz. 486, Rz. 590.

1424 S. dazu oben Rz. 486.

1425 S. zur Rechtsposition des Subjekts unten Rz. 727 ff.

2.2.2. Funktionsweise

a) Funktion auf Ebene der Subjekt-Objekt-Relation: Zuordnung

681 Die (grundkonzeptuell) richtungsunabhängige Zuordnung von Subjekten und Objekten basiert auf dem Zuordnungsargument der Subjekt-Objekt-Relation, also in Abhängigkeit von einer bestimmten Art und Intensität der Kontrolle.¹⁴²⁶ Wie dieses Zuordnungsargument der Kontrolle genau beschaffen ist, hängt vom jeweiligen Konzept ab. Die Zuordnungsargumente der untergeordneten Konzepte sind qualitativ unterschiedlich ausgestaltet.¹⁴²⁷ Ist etwa eine 25%-Beteiligung das maßgebliche Zuordnungsargument, können einem Objekt bis zu vier Subjekte zugeordnet werden. Ist dagegen letztverbindliche Kontrolle gefordert, kann es nur ein Subjekt geben.

b) Funktion auf Ebene des Grundkonzepts: Komplexitätsreduktion

682 Theoretisch können mit der soeben beschriebenen Funktion beliebige Subjekte und Objekte einander zugeordnet werden. Dies entspricht der Natur der Funktion als Relation zwischen zwei Mengen.¹⁴²⁸ Aus einer praktischen Warte wird es jedoch oft darum gehen, zu prüfen, ob einem bestimmten Objekt ein bestimmtes Subjekt (oder umgekehrt) zugeordnet werden kann, d.h. um die Frage «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein». Das gilt regelmäßig auch dann, wenn nur der Ausgangspunkt – sei es das Objekt oder das Subjekt – bestimmt ist. In diesem Fall wird anhand der Kontrollwirkung (bspw. entlang einer gesellschaftsrechtlichen Kontrollkette) geprüft, ob hinsichtlich eines bestimmten Objekts oder Subjekts die erforderliche Relation gegeben ist. Im Ergebnis erfolgt also auch hier – d.h., wenn nur eine Seite bestimmt ist – eine Prüfung der Zuordnung für ein bestimmtes Objekt oder Subjekt zu einem anderen bestimmten Subjekt oder Objekt.

683 Aus praktischer Warte geht es also darum zu prüfen, ob zwischen zwei *bestimmten* Mengenelementen die erforderliche Relation vorliegt. So gesehen reduziert sich der Output der Zuordnungsfunktion auf den erwähnten binären Schematismus «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein». Insofern ist der Funktionsbegriff aus praktischer Warte nicht ganz zutreffend; es geht aus dieser Sicht nicht um die abstrakte Relation zwischen zwei Mengen, sondern um die Frage, ob zwischen zwei konkreten Mengenelementen eine bestimmte Relation gegeben ist.

1426 S. dazu oben Rz. 589.

1427 S. dazu oben Rz. 552.

1428 Vgl. dazu auch oben Rz. 486.

Dieser binäre Schematismus kann nicht relativiert werden. Es wäre dem Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung fremd, anzunehmen ein Subjekt könne «ein bisschen» wirtschaftlich berechtigt sein.¹⁴²⁹ Ungeachtet der Komplexität der tatsächlichen und/oder rechtlichen Gegebenheiten zwischen Subjekt und Objekt und ebenso ungeachtet der Komplexität der massgeblichen Relation kann das Ergebnis immer nur wirtschaftliche Berechtigung oder das Fehlen derselben sein. Unsicherheiten bezüglich der Wertung der Subjekt-Objekt-Relation können also nicht mit einer Relativierung des Ergebnisses («ein bisschen wirtschaftlich berechtigt») kompensiert werden. 684

Da das Grundkonzept die – im jeweiligen Einzelfall evtl. vorliegende und möglicherweise komplexe – Relation auf den binären Schematismus «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein» herunterbricht, weist es eine Komplexitätsreduktionsfunktion auf. Diese Komplexitätsreduktion kann nicht durch eine Relativierung des Ergebnisses abgeschwächt werden. Wirtschaftliche Berechtigung kann nur vorliegen oder nicht vorliegen; tertium non datur. 685

Im Normkontext äussert sich diese Komplexitätsreduktion etwa, indem verlangt wird, dass für ein bestimmtes Objekt die Identität des Subjekts festgestellt und festgehalten werden muss. Die Begründung für diese Feststellung – das Vorliegen einer bestimmten Relation im konkreten Fall – muss dabei regelmässig nicht festgehalten werden. Dies gilt zumindest aus konzeptueller Sicht. Eine Pflicht, die Grundlagen für dieses Ergebnis, d.h. die Dokumentation der vorgenommenen Abklärungen, festzuhalten, kann sich aber aus anderen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ergeben (bspw. aus der geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflicht gemäss Art. 7 GwG). 686

Das blosses Festhalten des Ergebnisses ist, wie jede Komplexitätsreduktion, mit einem Informationsverlust verbunden. Das Ergebnis wird nämlich aus einer Menge von Informationen über rechtliche und/oder tatsächliche Gegebenheiten zwischen Subjekt und Objekt gewonnen. Aus dem daraus gewonnenen Ergebnis («wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein») kann nicht mehr auf diese Ausgangsinformationen geschlossen werden. Darauf ist sogleich näher einzugehen. 687

2.2.3. *Kontrollsachverhalt als Konzeptbestandteil?*

Wie soeben aufgezeigt, interessiert oft nur die Frage, ob zwischen einem bestimmten Subjekt und einem bestimmten Objekt die vom einschlägigen Konzept geforderte Relation besteht, ob also wirtschaftliche Berechtigung gegeben ist oder nicht. 688

¹⁴²⁹ Keines der untersuchten Konzepte zeigte – auf das Ergebnis bezogen – ein derartiges Verhalten. In Lehre und Praxis wird dies – soweit ersichtlich – auch nicht diskutiert.

689 Mit der blossen Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung ist nur wenig Information verbunden. Es gibt nämlich keinen Numerus clausus der Formen wirtschaftlicher Berechtigung. Dies zum einen, weil die massgeblichen Relationen nur unscharf bestimmt sind, und zum anderen, weil auch diejenigen Konzepte, die eine scharf definierte Relation voraussetzen, diese mittels einer Auffangklausel wieder öffnen.¹⁴³⁰ Mit der blossen Feststellung «W ist wirtschaftlich berechtigt an X (i.S.v. Art. Y Z-Gesetz)» ist deshalb nur wenig Erkenntnis über das Verhältnis zwischen W und X verbunden.¹⁴³¹ Das ist vor dem Hintergrund der beschriebenen Komplexitätsreduktionsfunktion nachvollziehbar und konzeptimmanent.

690 Wo diese Komplexitätsreduktion nicht erwünscht ist, kann der relationsbegründende Kontroll Sachverhalt für dokumentierungsbedürftig erklärt werden. Derartiges hat sich zwar im Rahmen der Vertikalbetrachtung nicht gezeigt, doch ist es nicht undenkbar. So verlangt § 19 Abs. 1 Ziff. 4 GwG-DE, dass Angaben über «Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses» des wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister zugänglich sind. Diese Angaben «zeigen, woraus die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter folgt» (§ 19 Abs. 3 GwG-DE). Das Schweizer Börsenrecht kannte eine inhaltlich ähnliche Regel, die verlangte, dass «[d]ie Beziehungen zwischen der wirtschaftlich berechtigten Person und der direkt erwerbenden oder veräussernden Person [...] aus der Meldung hervorgehen [müssen].»¹⁴³² Konsequenterweise mussten «Änderungen in der Beziehung zwischen der direkt erwerbenden, der indirekt erwerbenden und der wirtschaftlich berechtigten Person» gemeldet werden.¹⁴³³ Diese Pflichten sind mit der FinfraV-FINMA entfallen.¹⁴³⁴ Den damit verbundenen «Verlust von Informationen, die für die Marktteilnehmer allenfalls wünschbar» wären, erachtete die FINMA als gerechtfertigt durch die Erleichterungen insb. in Konzernverhältnissen.¹⁴³⁵ Interessant ist in diesem Zusammenhang die geltende Regelung hinsichtlich der börsenrechtlichen Meldepflicht von Gruppen. Auch hier gibt es keinen Numerus clausus der erfassten Organisationsformen,¹⁴³⁶ sodass die blosser Meldung als

1430 Vgl. dazu etwa oben Rz. 347 sowie Rz. 430.

1431 Das zeigt sich insb. im Vergleich mit klar definierten Relationen. Mit der Aussage «X ist Eigentümer/Aktionär/Mutter von Y» ist aufgrund der eindeutigen Definition der Relation ein deutlich grösserer Informationsgehalt verbunden.

1432 Art. 21 Abs. 3 Satz 2 BEHV-FINMA; mit fast demselben Wortlaut bereits Art. 17 Abs. 2 Satz 2 BEHV-EBK 97.

1433 Art. 16 lit. b BEHV-FINMA.

1434 Vgl. Art. 16 FinfraV-FINMA sowie Art. 22 Abs. 3 FinfraV-FINMA; Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 30 sowie 34 a.A.; JUTZ1/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 185 sowie N 235.

1435 Erläuterungsbericht FinfraV-FINMA, 34 a.A.

1436 Vgl. Art. 121 FinfraG: «vertraglich oder *auf andere Weise* organisierte Gruppe» [Hervorhebung hinzugefügt]; Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA: «andere organisierte Vorkehren»;

Gruppe keine Rückschlüsse auf die Relation zwischen den Gruppenmitgliedern zulassen würde. Art. 121 lit. c FinfraG schreibt aber vor, dass «die Art der Absprache» gemeldet werden muss. Änderungen der Art der Absprache sind ebenfalls meldepflichtig.¹⁴³⁷ Fakultativ ist die Dokumentation des Kontrollsverhalts im Bereich der VSB: «Auch wenn es gemäss dem Zurechnungsansatz grundsätzlich ausreicht, lediglich die das letzte Glied der Kette beherrschenden natürlichen Personen festzustellen, ist eine weitergehende Dokumentation selbstverständlich erlaubt (und in vielen Fällen auch sinnvoll).»¹⁴³⁸

Mit solchen Ansätzen lässt sich die Komplexitätsreduktionsfunktion aushebeln und der Informationsverlust vermeiden. Sie wären der schweizerischen Rechtsordnung auch nicht fremd. Ungeachtet dessen scheinen sie unüblich, verlangen doch die untergeordneten Konzepte bzw. ihre Normumgebung regelmässig nur die Feststellung, Registrierung und/oder Bekanntgabe des Ergebnisses der Zuordnungsfunktion. 691

2.2.4. Ergebnis

Die Zuordnungsfunktion des Grundkonzepts ist nonpräskriptiv. Sie ist also nur auf Erfassung des massgeblichen Kontrollsverhalts gerichtet und weist keine Steuerungsfunktion auf. Obwohl die Funktion auf Ebene der Subjekt-Objekt-Relation als Funktion im Sinne einer abstrakten Relation zwischen Objekten und Subjekten verstanden werden kann, zeigt sich in praktischer Hinsicht eine Überprüfungsfunktion betreffend die konkrete Relation zwischen einem bestimmten Subjekt und einem bestimmten Objekt. Das reduziert den Output unabhängig von der Komplexität der Relation auf den binären Schematismus «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein». Damit weist das Grundkonzept eine komplexitätsreduzierende Funktion auf. 692

2.3. Umgehungsverhinderungsfunktion

Das Grundkonzept weist eine Umgehungsverhinderungsfunktion auf.¹⁴³⁹ Diese Feststellung soll im Folgenden einer genaueren Betrachtung unterzogen werden, insb. hinsichtlich ihrer funktionalen Bezüge zu anderen Grundkon- 693

JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 121 N 22: «Der Gruppenbegriff gemäss Art. 121 [FinfraG] i.V.m. Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA gibt inhaltlich keine spezifische Art der Abstimmung vor.» Die Gruppe weist weitere Ähnlichkeiten mit der wirtschaftlichen Berechtigung auf: vgl. dazu oben Rz. 237.

1437 Art. 12 Abs. 3 FinfraV-FINMA.

1438 Entscheidung der Aufsichtskommission VSB vom 7. Dezember 2017 (Verfahren Nr. 492), zusammengefasst in: EICHENBERGER DOMINIK, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, SZW 2022, 469 ff., 484 (r36).

1439 S. dazu oben Rz. 483, Rz. 590.

zeptbestandteilen.¹⁴⁴⁰ Zunächst aber bedarf der Begriff der Gesetzesumgehung einer näheren Betrachtung.

2.3.1. *Begriff der Gesetzesumgehung*

694 Gemäss Bundesgericht ist «[a]ls Gesetzesumgehung [...] ein Verhalten zu betrachten, das wohl den Wortlaut einer Verbotsnorm beachtet, hingegen deren Sinn missachtet».¹⁴⁴¹ Der Umgehende hält sich also vordergründig an den Gesetzeswortlaut, verstösst jedoch gegen den Normsinn.¹⁴⁴² Die Gesetzesumgehung setzt somit ein Verbot voraus.¹⁴⁴³

695 In methodischer Hinsicht ist die Gesetzesumgehung für die (neuere) h.L. ein Tatbestand von Art. 1 ZGB und damit ein Problem der Rechtsanwendung und nicht des Rechtsmissbrauchs.¹⁴⁴⁴ Ob die umgangene Verbotsnorm (trotz vordergründiger Einhaltung) greift, ist deshalb nach den Regeln der analogen Rechtsanwendung zu bestimmen.¹⁴⁴⁵

2.3.2. *Einbettung in das Grundkonzept*

696 Die Umgehungsverhinderungsfunktion weist Bezüge zu den Grundkonzeptelementen der hohen Zweckrelevanz, der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und – das ist kein Grundkonzeptelement – des Rechtsmissbrauchs auf.¹⁴⁴⁶ Die ersten beiden Punkte werden nachfolgend näher betrachtet, der letzte anschliessend in einem separaten Kapitel.¹⁴⁴⁷

697 Die obigen Ausführungen zur Gesetzesumgehung haben zweierlei gezeigt. Zum einen bestimmt sich das Vorliegen einer Gesetzesumgehung nach dem Normzweck bzw. dessen Verletzung. Zum anderen wird der Umgehung methodisch mit der Analogie begegnet. Bei der Analogie handelt es sich um eine «teleologisch motivierte Erweiterung des Anwendungsbereichs einer

1440 S. dazu bereits oben Rz. 483 f., Rz. 597.

1441 BGE 107 II 440 E. 1. S. 445 f.; BGE 104 II 204 E. b); BGE 114 Ib 11 E. 3. a).

1442 HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 213; MERZ-BK ZGB 1962, Art. 2 N 89; RIEMER, Betrachtungsweise, 135.

1443 Vgl. HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 213 ff.; MERZ-BK ZGB 1962, Art. 2 N 89.

1444 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 85, Art. 2 N 93, Art. 1 N 471; KRAMER, Methodenlehre, 245 f.; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1225; vgl. ferner MEIER-HAYOZ, Vorkaufsfall, 271.

1445 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 93; HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 214; vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, 245.

1446 S. dazu oben Rz. 483 f., Rz. 597.

1447 S. dazu unten Rz. 707 ff.

Rechtsnorm jenseits der äusseren Wortlautgrenze.»¹⁴⁴⁸ Der Normzweck ist also für die Figur der Gesetzesumgehung sowohl Massstab wie Leitstern; er bestimmt das Problem und dessen Lösung. Die Figur der Gesetzesumgehung weist somit, wie das Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung, eine hohe Zweckrelevanz auf.¹⁴⁴⁹ Damit ist zunächst nur eine Parallele gefunden, doch ergibt sich bei näherer Betrachtung eine funktionale Verknüpfung.¹⁴⁵⁰

Bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise handelt es sich um eine «durch die äussere Form hindurchdringende materielle Würdigung».¹⁴⁵¹ Methodologisch ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Teil der teleologischen Interpretation zu verorten.¹⁴⁵² Damit ergibt sich eine weitere Verknüpfung mit der hohen Zweckrelevanz im Grundkonzept. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise hat auch unmittelbare Bezüge zur Umgehungsverhinderungsfunktion.¹⁴⁵³ Zum einen kann mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise festgestellt werden, ob eine Umgehung vorliegt.¹⁴⁵⁴ Das ist nachvollziehbar vor dem Hintergrund, dass sich das Vorliegen einer Gesetzesumgehung am Normzweck orientiert und es sich bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise um eine Art der teleologischen Auslegung handelt. Zum anderen kann die wirtschaftliche Betrachtungsweise die Funktion der Figur der Gesetzesumgehung einnehmen, indem sie zweckorientiert nur den materiellen Gehalt betrachtet. In den Worten des Bundesgerichts: «Durch die generell an Sinn und Zweck, insbesondere am wirtschaftlichen Gehalt des Geschäftes anknüpfende Betrachtungsweise kann sich daher ein selbständiger Tatbestand der Umgehung gar als entbehrlich erweisen».¹⁴⁵⁵ Mit der wirtschaftlichen

1448 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 376; vgl. auch HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 203 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 229 f.

1449 Vgl. MERZ-BK ZGB 1962, Art. 2 N 92: «zweckbezogene[...] Gesetzesauslegung»; MÖLLER, Betrachtungsweise, 125: «normzweckorientierte[...] Rechtsanwendung»; WANK, Methodenlehre, § 11 Rz. 107: «Unterfall der teleologischen Auslegung».

1450 Vgl. dazu unten Rz. 702, insb. FN 1460.

1451 MEIER-HAYOZ, Vorkaufsfall, 271.

1452 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329; KOBIERSKI, Durchgriff, 51; KUNZ, Besonderheiten, Rz. 22 a.E.; DERS., Sondermethodik, 152; LANZ, Betrachtungsweise, 171, 186; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1238; DERS., Betrachtungsweise, 467; WIEDEMANN, Rechtssicherheit, 208; vgl. auch DUBS, Betrachtungsweise, 569; MÖLLER, Betrachtungsweise, 200; anders HÖHN, Betrachtungsweise, 405, der die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Folge der teleologischen Auslegung betrachtet.

1453 Zum Verhältnis im Steuerrecht: DUBS, Betrachtungsweise, *passim*; vgl. ferner LIÉGEOIS, Taxation, 130.

1454 RIEMER, Betrachtungsweise, 135.

1455 BGE 115 II 175 E. 4. b); vgl. auch LOCHER PETER, Abschied von der «Steuerungumgehung», ASA 2018/2019, 159 ff., 164 m.w.H.

Betrachtungsweise können also Umgehungstatbestände erfasst werden.¹⁴⁵⁶ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kann somit (auch) für die Umgehungsverhinderung dienstbar gemacht werden.¹⁴⁵⁷

699 Die Umgehungsverhinderungsfunktion des Grundkonzepts ist also funktional eng verbunden mit der hohen Zweckrelevanz und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

2.3.3. Die Umgehungsverhinderungsfunktion

700 Die Untersuchung hat gezeigt, dass das Grundkonzept eine Umgehungsverhinderungsfunktion aufweist und welche Bezüge diese zu anderen Aspekten des Grundkonzepts hat. Noch genauer erörtert werden soll nun die Frage, woraus sich diese Umgehungsverhinderungsfunktion ergibt und welche Charakteristika sie aufweist.

701 Zunächst einmal erfordert eine Gesetzesumgehung eine Verbotsnorm. Indem das Grundkonzept einfach bestimmte Kontrollsachverhalte erfasst, also nonpräskriptiv und damit ohne Steuerungsfunktion ist,¹⁴⁵⁸ weist es keinen Verbotsgehalt auf. Wenn ein zu umgehender normativer Gehalt fehlt und das Grundkonzept jegliche Kontrollsachverhalte einfach erfasst, ist eine Umgehung aus logischen Gründen ausgeschlossen.

702 Des Weiteren stellt sich die Frage einer Gesetzesumgehung nur «bei Annahme einer strikt auf den Wortlaut limitierten Gesetzesinterpretation.»¹⁴⁵⁹ Eine solche ist aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (und infolge des unscharfen Wortlauts) gerade nicht angezeigt. Vielmehr steht kraft wirtschaftlicher Betrachtungsweise der materielle Gehalt der Relation im Vordergrund. Deren formelle Struktur ist dagegen irrelevant. Indem der formellen Struktur, die der willkürlichen Gestaltung der Beteiligten unterliegt, die Relevanz abgesprochen wird und im Gegenzug auf eine materiell zutreffende Deutung (d.h. eine wirtschaftliche Betrachtungsweise) abgestellt wird, ist eine Umgehung konzeptuell ausgeschlossen.¹⁴⁶⁰

1456 EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1225; vgl. auch HÖHN, Betrachtungsweise, 400 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Gesellschaftsrecht, § 10 Rz. 240.

1457 MÖLLER, Betrachtungsweise, 119 ff.; GIACOMETTI ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, 128: «Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise dient in der Praxis auch der Bekämpfung der Gesetzesumgehung, vorab der Steuerumgehung.»; vgl. auch LIÉGEOIS, Taxation, 130.

1458 S. dazu oben Rz. 679 f.

1459 MÖLLER, Betrachtungsweise, 124; vgl. auch LANZ, Betrachtungsweise, 212 f.

1460 Vgl. LANZ, Betrachtungsweise, 212 f., wonach bei richtiger (teleologischer) Auslegung eine Umgehung gar nicht möglich ist.

Die Umgehungsverhinderungsfunktion des Grundkonzepts ergibt sich nach dem Gesagten aus zwei Aspekten desselben (bzw. dessen Subjekt-Objekt-Relation), nämlich aus der nonpräskriptiven Natur und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Sie schliessen Umgehungen a priori aus. 703

Da dem Grundkonzept Umgehungstatbestände bzw. deren Erfassung inhärent sind, ist in den untergeordneten Konzepten grundsätzlich eine gesetzliche Normierung eines Umgehungs(verhinderungs)tatbestandes zu erblicken.¹⁴⁶¹ 704

Die (nonpräskriptive) Erfassung von Kontroll Sachverhalten mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise dient nicht nur dazu, das Ergebnis der Zuordnungsfunktion der Beeinflussung durch die Rechtsunterworfenen zu entziehen, also Umgehungen zu verhindern. Es erleichtert auch die Erfassung internationaler (Kontroll-) Sachverhalte. Das u.U. relevante ausländische Recht – bspw. bei internationalen Gruppenstrukturen – muss nämlich aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht rechtsdogmatisch korrekt erfasst werden, sondern es genügt die Erfassung der sich daraus ergebenden Wirkungen. Insofern hat das Grundkonzept eine internationalprivatrechtliche Dimension, die auch der Umgehungsverhinderung dient, indem sie die Umgehung mittels internationaler (Kontroll-) Sachverhalte verhindert. 705

2.3.4. Ergebnis

Die starke Zweckorientierung des Grundkonzepts und die (im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation anwendbare) wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche die Irrelevanz formaler Aspekte mit sich bringt, schliessen eine Verletzung des Normsinns konzeptuell aus. Das Fehlen eines Verbotsgehalts, das sich aus der nonpräskriptiven Natur des Grundkonzepts ergibt, schliesst eine Umgehung aus logischen Gründen a priori aus. Daraus ergibt sich die beobachtete Umgehungsverhinderungsfunktion des Grundkonzepts. 706

2.4. Rechtsmissbrauchsverhinderungsfunktion?

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde der Rechtsmissbrauch verschiedentlich angesprochen. Bei einigen untergeordneten Konzepten stellt sich gar die Frage, ob es sich um blossе Rechtsmissbrauchsbestimmungen handelt.¹⁴⁶² Nun ist die Frage zu klären, ob das Grundkonzept (auch) eine Rechtsmissbrauchsverhinderungsfunktion aufweist. 707

Was alles als Rechtsmissbrauch qualifiziert, lässt sich kaum abstrakt umschreiben, sondern «ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu 708

¹⁴⁶¹ Vgl. HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 218.

¹⁴⁶² S. dazu oben Rz. 191 ff. sowie ferner Rz. 109, Rz. 483.

bestimmen [...], wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind».¹⁴⁶³ Erfasst sind jedenfalls «Handlungen, die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm [...] stehen, aber o[b]jektiv eine Verletzung des Redlichkeitsstandards von Treu und Glauben darstellen».¹⁴⁶⁴ Es geht also darum, einem materiellen Gerechtigkeitspostulat zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁴⁶⁵ Der Rechtsmissbrauch «steht mithin in Übereinstimmung mit dem Wortlaut, verletzt aber den Zweck einer Norm».¹⁴⁶⁶

709 Vor diesem Hintergrund stehen zwei Aspekte hervor. Zum einen beinhaltet das Grundkonzept kein irgendwie geartetes Gerechtigkeitspostulat, das verletzt werden könnte; es erfasst lediglich (ohne Steuerungsfunktion) bestimmte Kontrollsachverhalte.¹⁴⁶⁷ Zum anderen weist das Grundkonzept kraft dieser lediglich erfassenden Funktion keinen auf ein bestimmtes Ergebnis gerichteten Zweck auf. Das Grundkonzept nimmt seine erfassende Funktion unabhängig von den (willkürlichen) Gestaltungen der Rechtsunterworfenen wahr. Aus diesen beiden Aspekten, d.h. dem Fehlen eines Gerechtigkeitspostulats und dem Fehlen eines ergebnisorientierten Zwecks, ergibt sich, dass ein Rechtsmissbrauch konzeptuell ausgeschlossen ist. Die Rechtsunterworfenen können weder ein Gerechtigkeitspostulat noch die Zuordnungsfunktion rechtsmissbräuchlich verletzen.

710 Obwohl (oder gerade weil) Rechtsmissbrauch konzeptuell ausgeschlossen ist, hat das Grundkonzept in einem gewissen Sinne eine Missbrauchsverhinderungsfunktion.¹⁴⁶⁸ Die Gründe dafür sind ähnlich, wie die Gründe für das Vorliegen der Umgehungsverhinderungsfunktion; indem das Ergebnis der Zuordnungsfunktion der Willkür der Rechtsunterworfenen entzogen wird, wird Missbrauch verhindert.¹⁴⁶⁹ Ungeachtet dieser Missbrauchsverhinderungsfunktion handelt es sich beim Grundkonzept nicht um eine Missbrauchsnorm bzw. ein Missbrauchsverbot, da es keinen irgendwie gearteten «Vorwurf» enthält, d.h. ein der materiellen Gerechtigkeit zuwiderlaufendes Verhalten

1463 BGE 129 III 493 E. 5.1. m.w.H.

1464 BGE 125 III 257 E. 2. a); s. auch HUWILER, Aequitas, 57, auf den das Bundesgericht verweist.

1465 Vgl. BGE 72 II 39 E. 2. S. 42; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 41 ff.; HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 10; HUWILER, Aequitas, 75 ff.

1466 HUWILER, Aequitas, 57 a.E., 70 f.; LANZ, Betrachtungsweise, 162 f.; vgl. ferner MERZ-BK ZGB 1962, Art. 2 N 20, N 22, N 50 ff.

1467 S. dazu oben Rz. 679 f.

1468 Ähnlich wohl NOBEL, Standesregeln, 158, der von einem Konzept «zur Behebung von Missständen» ausgeht.

1469 S. dazu oben Rz. 700 ff.

voraussetzen würde. Das Grundkonzept weist also eine Rechtsmissbrauchsverhinderungsfunktion auf, ist aber keine Rechtsmissbrauchsnorm.

Diese funktionale Nähe zum Rechtsmissbrauchsverbot erklärt, weshalb es u.U. schwierig zu bestimmen sein kann, ob eine bloße Missbrauchsnorm oder ein (untergeordnetes) Konzept wirtschaftlicher Berechtigung vorliegt.¹⁴⁷⁰

2.5. Interdependenzen

Die verschiedenen Funktionen des Grundkonzepts sind nicht unabhängig voneinander bestehende Aspekte des Grundkonzepts. Ähnlich wie dies bei den Strukturelementen des Grundkonzepts der Fall ist,¹⁴⁷¹ gibt es auch hinsichtlich der Funktionen Interdependenzen.

So ist es insb. die nonpräskriptive Natur der Zuordnungsfunktion, die konstitutiv ist für die Umgehungs- und die Missbrauchsverhinderungsfunktion.¹⁴⁷² Die Umgehungsverhinderungsfunktion ihrerseits weist Bezüge zur hohen Zweckrelevanz und zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf.¹⁴⁷³ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise wiederum ist konstitutiv für die Transparenzfunktion.¹⁴⁷⁴

Die verschiedenen Funktionen des Grundkonzepts stehen also nicht lose nebeneinander, sondern sind untereinander inhaltlich und funktional verbunden.

C. Subjekt

1. Das Subjekt im Allgemeinen

Die Untersuchung hat gezeigt, dass es betreffend das Subjekt wenige Gestaltungsvarianten gibt und innerhalb dieser Varianten nur geringe Unsicherheiten.¹⁴⁷⁵ Ungeachtet dessen ist aus der Perspektive des Grundkonzepts irrelevant, wer oder was letztlich das Subjekt ist. Weder mit Blick auf die Strukturelemente noch mit Blick auf die Funktionen des Grundkonzepts ergeben sich irgendwelche Zwänge hinsichtlich des Subjekts.¹⁴⁷⁶ Das Subjekt ist also aus

1470 S. dazu oben Rz. 191 ff. sowie ferner Rz. 109, Rz. 483.

1471 S. dazu oben Rz. 522 f.

1472 S. dazu oben Rz. 700 ff., Rz. 709.

1473 S. dazu oben Rz. 696 ff.

1474 S. dazu oben Rz. 674.

1475 S. dazu oben Rz. 579.

1476 Das Subjekt ist allerdings abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Subjekt-Objekt-Relation (s. dazu oben Rz. 522 f.). Da deren Gehalt aber konzeptuell nur rudimentär vorgegeben ist (s. dazu unten Rz. 753 ff.), gibt es hinsichtlich des Subjekts a priori keine inhaltlichen Zwänge.

konzeptueller Sicht frei bestimmbar, auch wenn es sich regelmässig um ein Rechtssubjekt handelt und dabei oft um eine natürliche Person.¹⁴⁷⁷ Problematisch ist v.a., dass aus den untergeordneten Konzepten teilweise nicht hervorgeht, wer oder was das Subjekt ist.¹⁴⁷⁸ So entsteht Rechtsunsicherheit, die konzeptuell nicht zwingend ist, da eine einfache Bestimmung des Subjekts ohne Weiteres möglich wäre.

2. Die subjektseitigen Personenmehrheiten im Besonderen

- 716 Auch wenn die Subjektseite des Grundkonzepts grundsätzlich nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, gibt es einen Bereich, in dem grössere Unklarheiten bestehen, nämlich die subjektseitigen Personenmehrheiten.¹⁴⁷⁹ In diesem Zusammenhang gilt es zunächst zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen stellt sich die Frage, ob mehrere Personen ein Subjekt sein können. Zum anderen kann fraglich sein, ob mehrere Subjekte für ein Objekt bestehen können. Auf diese beiden Konstellationen ist im Folgenden näher einzugehen.

2.1. Personenmehrheiten als Subjekt

- 717 Da sich aus dem Grundkonzept keine Einschränkungen bezüglich des Subjekts ergeben,¹⁴⁸⁰ steht jedenfalls aus dieser konzeptuellen Warte einer Personenmehrheit als Subjekt nichts entgegen.
- 718 Die Vertikalbetrachtung hat jedoch gezeigt, dass regelmässig nur ein Rechtssubjekt oder gar nur eine natürliche Person als Subjekt in Frage kommt. Damit wären – zumindest die meisten – Personenmehrheiten mangels Rechtspersönlichkeit, jedenfalls aber mangels Qualifikation als natürliche Person, als Subjekt ausgeschlossen.
- 719 Dieser regelmässige Ausschluss von Personenmehrheiten erscheint konzeptuell stimmig. Ungeachtet dessen kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob er auch gerechtfertigt ist, wenn die beteiligten Personen untereinander koordiniert interagieren. Diesbezüglich muss geklärt werden, ob diese Personenmehrheit nicht doch als Subjekt sollte erfasst werden können, nicht zuletzt, um eventuelle Umgehungen zu verhindern. Konzeptuell ist dies nicht ausgeschlossen. Im Rahmen der untergeordneten Konzepte ist die Frage aber ungeklärt.¹⁴⁸¹

1477 S. dazu oben Rz. 529 ff.

1478 S. dazu oben Rz. 533 ff.

1479 S. dazu oben Rz. 538.

1480 S. dazu oben Rz. 715.

1481 S. dazu oben Rz. 538.

Als möglicher Werkzeugkasten für den Umgang mit den subjektseitigen Personenmehrheiten bieten sich zum einen die Erkenntnisse zum finanzmarktaufsichtsrechtlichen Gruppenbegriff an. Auch dort geht es darum, dass eine «Gruppeninteraktion einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unterworfen wird, bei der die rechtliche Unabhängigkeit der einzelnen beteiligten Subjekte unbeachtlich ist; stattdessen greift eine konsolidierte Betrachtungsweise Platz und die einzelnen Gruppenmitglieder werden als Einheit betrachtet».¹⁴⁸² Zudem handelt es sich bei diesem Konzept um eine Schöpfung der Praxis ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage,¹⁴⁸³ die (bezüglich der Gruppenthematik) auch hinsichtlich der meisten untergeordneten Konzepte fehlt. Zum anderen bietet sich auch der legislativ klarer umrissene börsenrechtliche Gruppenbegriff als Lösungsreservoir an.¹⁴⁸⁴

Ein solches Vorgehen brächte eine Ausdehnung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf das Strukturelement des Subjekts mit sich.¹⁴⁸⁵ Aus der Perspektive des Grundkonzepts ist dies nicht ausgeschlossen. Es ginge damit aber eine erhöhte Rechtsunsicherheit einher.¹⁴⁸⁶

Im Ergebnis bleibt es bei der Feststellung, dass Personenmehrheiten als Subjekte mit dem Grundkonzept vereinbar sind und diverse Lösungsansätze in Frage kommen, insb. solche aus dem Finanzmarktrecht. Auf Stufe der untergeordneten Konzepte ist die Thematik kaum geklärt. Mit Blick auf den Zweck dieser Untersuchung¹⁴⁸⁷ und den Umstand, dass es sich um ein von der wirtschaftlichen Berechtigung zu unterscheidendes Konzept handelt,¹⁴⁸⁸ wird auf eine weitere Untersuchung der Thematik verzichtet.

2.2. Mehrere Subjekte

Eine zweite denkbare Variante einer subjektseitigen Personenmehrheit ist das Vorhandensein mehrerer Subjekte für ein Objekt.¹⁴⁸⁹ Ob für ein Objekt mehrere Subjekte bestehen können, ist genau besehen nicht eine Frage der zulässigen Subjekte, sondern in erster Linie eine Frage der massgeblichen Subjekt-Objekt-Relation. Verlangt diese bspw. eine letztverbindliche Kontrollmöglichkeit des Subjekts, schliesst dies das Nebeneinander von mehreren

1482 JUTZI/SCHÄREN, Gruppensachverhalte, 412.

1483 JUTZI/SCHÄREN, Gruppensachverhalte, 411.

1484 S. dazu oben Rz. 237.

1485 Vgl. JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 121 N 4; DIES., Gruppensachverhalte, 415.

1486 Vgl. JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 121 N 32; DIES., Gruppensachverhalte, 415 ff.

1487 S. dazu oben Rz. 18.

1488 Vgl. dazu oben Rz. 237.

1489 S. zum Ganzen bereits oben Rz. 537.

Subjekten aus. Wird aber bspw. für die wirtschaftliche Berechtigung an einer Gesellschaft formal auf eine Mindestbeteiligungshöhe von 25% abgestellt, kann es mehrere Subjekte für ein Objekt geben.¹⁴⁹⁰

724 Das Grundkonzept verträgt sich mit solchen Konstellationen, sodass mehrere Subjekte für ein Objekt nicht ausgeschlossen sind. Ungeachtet dessen handelt es sich nicht um ein Thema des Subjekts, sondern der Subjekt-Objekt-Relation.

2.3. Ergebnis

725 Aus Sicht des Grundkonzepts sind weder Personenmehrheiten als Subjekt noch mehrere Subjekte für ein Objekt ausgeschlossen. Bezüglich des jeweiligen untergeordneten Konzepts ergibt sich die (Un-)Zulässigkeit solcher Konstellationen aus den zulässigen Subjekten sowie der Subjekt-Objekt-Relation. Zu den untergeordneten Konzepten lassen sich somit keine allgemeinen Aussagen hinsichtlich subjektseitiger Personenmehrheiten machen.

726 Klar ist, dass es viel Unsicherheit bezüglich subjektseitiger Personenmehrheiten gibt, weil sich Gesetzgeber, Rechtsprechung und Doktrin, wenn überhaupt, oft nur am Rande mit diesem Thema beschäftigen.¹⁴⁹¹ Aus konzeptueller Sicht ergibt sich kein zwingender Ansatz im Umgang mit subjektseitigen Personenmehrheiten.

3. Die Rechtsstellung des Subjekts im Besonderen

727 Im Zusammenhang mit dem Subjekt, also dem wirtschaftlich Berechtigten, drängt sich schon rein begrifflich die Frage nach dessen Rechtsposition auf.¹⁴⁹² Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob das Subjekt irgendwelche subjektiven Rechte und/oder besondere Pflichten hat und, wenn ja, welche dies sind und woraus sie sich ergeben. Begrifflich und funktional bedingt steht dabei die rechtliche Beziehung zum Objekt im Vordergrund. Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich nach den möglichen Quellen von Rechten und Pflichten des Subjekts.

3.1. Konzeptimmanente Rechtsposition

728 In erster Linie interessiert die Frage, ob sich aus dem Grundkonzept oder den untergeordneten Konzepten eine Rechtsposition des Subjekts ergibt.

1490 GAFI, Transparency, Rz. 33 lit. a; Global Forum/IDB, Toolkit, 14 f.

1491 S. dazu oben Rz. 538.

1492 S. dazu auch bereits oben Rz. 497 ff.

3.1.1. Grundkonzept

Aufgrund der rein erfassenden, nonpräskriptiven Natur des Grundkonzepts 729 ergeben sich aus ihm keine Rechtswirkungen und damit keine Rechtsposition für das Subjekt; kein Aspekt des Grundkonzepts zeitigt irgendwelche Rechtsfolgen für das Subjekt.

Das gilt auch für die Subjekt-Objekt-Relation. Massgeblich ist blosser Kon- 730 trolle, die nicht rechtlich abgesichert zu sein braucht. Dazu ist anzumerken, dass, sogar wenn die Subjekt-Objekt-Relation eine rechtliche Beziehung voraussetzen würde, sich damit keine Rechtsposition aus dem Grundkonzept ergäbe. Vielmehr wäre dann eine bestimmte Rechtsposition des Subjekts (hinsichtlich des Objekts) Voraussetzung für die Erfassung durch das Grundkonzept und nicht dessen Folge.

3.1.2. Untergeordnete Konzepte

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich aus den untergeordneten Konzepten 731 jeweils keine Rechtsposition für das Subjekt ergibt.¹⁴⁹³ Das ist aufgrund der Natur des Grundkonzepts überzeugend.¹⁴⁹⁴

Eine Rechtsposition des Subjekts kann sich im Übrigen auch nicht aus 732 der – eine rechtliche Verbindung voraussetzende – Subjekt-Objekt-Relation ergeben. Diesfalls ist die Rechtsposition des Subjekts Voraussetzung für die wirtschaftliche Berechtigung und nicht deren Folge.¹⁴⁹⁵

3.1.3. Ergebnis

Die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter bringt keine irgendwie geartete 733 Rechtsposition mit sich. Das gilt sowohl aus Sicht des Grundkonzepts wie auch der untersuchten untergeordneten Konzepte. Dieses Ergebnis erklärt sich v.a. mit Blick auf die nonpräskriptive Zuordnungsfunktion des Grundkonzepts.

3.2. Normkontextbedingte Rechtsposition

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich aus der wirtschaftlichen Berechtigung 734 als solcher keine Rechtsposition ergibt. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber Rechtsfolgen an die Subjektstellung knüpft. Die Horizontalbetrachtung hat denn auch solche Konstellationen bei einigen untergeordneten Konzepten zutage gefördert.¹⁴⁹⁶

1493 S. dazu oben Rz. 502.

1494 S. dazu oben Rz. 729.

1495 S. dazu oben Rz. 730.

1496 S. dazu oben Rz. 497 ff.

735 In diesen Fällen ist – das ist nochmals deutlich zu sagen – die Rechtsposition des Subjekts nicht Folge des Grundkonzepts oder des jeweiligen untergeordneten Konzepts, sondern Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, im Rahmen der konkreten Norm eine bestimmte Rechtsfolge an die Subjektstellung anzuknüpfen. Es steht dem Gesetzgeber frei, zu entscheiden, welche Funktion das Subjekt im jeweiligen Kontext aufweisen soll. So kann das Subjekt blosses Objekt einer Meldepflicht oder, gerade gegenteilig, Subjekt einer Meldepflicht sein. Diese gegensätzlichen Möglichkeiten verdeutlichen, dass die (allfällige) Rechtsposition nicht konzeptuell bedingt ist.

736 I.S.d. Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass die Anknüpfung von Rechtsfolgen an die Subjektstellung in Anbetracht der konzeptinhärenten Unschärfe im Einzelfall heikel sein kann. Darauf wird noch näher einzugehen sein.¹⁴⁹⁷ Aus konzeptueller Sicht bleibt es jedenfalls bei der Feststellung, dass der Gesetzgeber Rechtsfolgen an die Subjektstellung knüpfen kann, sich diese Rechtsfolgen aber aus dieser Anknüpfung ergeben und nicht aus dem Grundkonzept oder dem untergeordneten Konzept als solchem.

3.3. Rechtsposition aus anderem Rechtsgrund

737 Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Subjektstellung konzeptuell keine Rechtsposition beinhaltet, der Gesetzgeber aber die Möglichkeit hat, Rechtsfolgen an die Subjektstellung zu knüpfen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Subjektstellung (selbstverständlich) aus anderen Gründen mit einer Rechtsposition verbunden sein kann.

738 So kann das Subjekt etwa Gesellschafter (insb. Aktionär) des Objekts sein, eine Vollmacht hinsichtlich des Objekts innehaben (zu denken ist etwa an den Treugeber, der sich eine Vollmacht für das fiduziarisch von einem Dritten gehaltene Bankkonto geben lässt) oder schlicht der Eigentümer (oder anderweitig formal Berechtigte) des Objekts sein. Diese Rechtsbeziehungen haben ihren Grund allesamt nicht in der Subjektstellung; sie können jedoch – wie erwähnt – die Subjektstellung begründen.¹⁴⁹⁸

739 Nebst diesen beispielhaft genannten Rechtspositionen des Subjekts bezüglich des Objekts können sich im Umfeld der wirtschaftlichen Berechtigung weitere Rechtsfolgen für das Subjekt ergeben, ohne dass diese einen derart unmittelbaren Bezug zum Objekt hätten. So ist bspw. vorstellbar, dass bankvertragliche Nebenpflichten auf den Treugeber, u.U. also das Subjekt, ausgedehnt werden.¹⁴⁹⁹ Ebenso vorstellbar ist eine Ausdehnung gewisser

1497 S. dazu unten Rz. 786 ff.

1498 S. dazu oben Rz. 730, Rz. 732.

1499 Vgl. STANISLAS, Ayant, 430 ff. Einlässlich zur Haftung der Bank gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten: PODA, Effets, 119 ff.

Pflichten des Objekts auf das Subjekt kraft eines Durchgriffes oder die Beschwerdelegitimation des Subjekts kraft besonderer Betroffenheit und Umstände.¹⁵⁰⁰ Es würde zu weit führen und den Zweck dieser Untersuchung verfehlen,¹⁵⁰¹ auf alle möglichen Konstellationen im Umfeld der wirtschaftlichen Berechtigung einzugehen, aus denen sich eine Rechtsposition des Subjekts ergeben könnte.

Wichtig ist die Feststellung, dass sich aus verschiedenen Rechtsgründen Rechtswirkungen für das Subjekt ergeben können, diese aber nicht Ausfluss der Subjektstellung selbst sind. 740

3.4. Ergebnis

Weder das Grundkonzept noch die untersuchten untergeordneten Konzepte beinhalten irgendeine Rechtsposition des Subjekts. Eine Rechtsposition des Subjekts kann sich aus anderen Gründen ergeben. Zum einen kann der Gesetzgeber Rechtsfolgen an die Subjektposition anknüpfen. Zum anderen kann sich eine Rechtsposition des Subjekts aus einem beliebigen anderen Rechtsgrund ergeben, der nicht zwingend mit der wirtschaftlichen Berechtigung zusammenhängen muss, jedenfalls aber nicht deren Folge ist. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass wirtschaftliche Berechtigung konzeptuell betrachtet keine Rechtsposition des Subjekts beinhaltet. 741

4. Übertragbarkeit der wirtschaftlichen Berechtigung?

Thematisch mit der Frage nach der Rechtsposition des Subjekts zusammenhängend ist die Frage nach der Übertragbarkeit der Subjektposition. Um diese Frage zu beantworten, muss zunächst nochmals in Erinnerung gerufen werden, was die Subjektposition ausmacht. Subjekt (d.h. wirtschaftlich Berechtigter) ist, wer bezüglich eines Objekts die im konkreten Fall massgebliche Relation hat. Subjekt ist also, wer die Voraussetzungen der Subjekt-Objekt-Relation erfüllt. Die Subjektposition ist das Ergebnis der Zuordnungsfunktion. Dieses Ergebnis selbst kann das Subjekt nicht direkt beeinflussen. Es darf bezüglich seiner Subjektqualifikation keine unmittelbare Einflussmöglichkeit haben; das würde sich insb. nicht mit der Umgehungsverhinderungsfunktion des Grundkonzepts vertragen. Das Subjekt kann aber die rechtlichen 742

1500 Vgl. dazu BGE 123 II 153 E. 2. Aus der Subjektstellung als solcher ergibt sich keine Beschwerdelegitimation: BGE 1B_611/2021 vom 12. Mai 2022 E. 7.3.2. (Beschwerde in Strafsachen betreffend Entsigelung); BGE 1B_563/2020 vom 29. Januar 2021 (Beschwerde in Strafsachen betreffend Entsigelung); BGE 131 II 306 E. 1.2.2. (Verwaltungsgerichtsbeschwerde betreffend Bankensanierungs- und -konkursrecht); BGE 123 II 153 E. 2. c) (Verwaltungsgerichtsbeschwerde betreffend Rechtshilfe in Strafsachen).

1501 Vgl. dazu oben Rz. 21.

und/oder tatsächlichen Gegebenheiten verändern, die zur Qualifikation als Subjekt führen (bspw. Kontrolle kraft 25%-Beteiligung; diese kann übertragen werden). Daraus erhellt, dass die Subjektposition als solche nicht übertragen werden kann. Durch Übertragung der Kontrollmittel, d.h. des «Relationsmediums», das die Subjekt-Objekt-Relation voraussetzt, kann die Subjektstellung mittelbar übertragen werden.¹⁵⁰²

D. Objekt

1. Das Objekt im Allgemeinen

743 Die Untersuchung hat gezeigt, dass es betreffend das Objekt (ähnlich wie beim Subjekt)¹⁵⁰³ nur wenige Gestaltungsvarianten gibt, die dafür einigermassen klar umrissen sind.¹⁵⁰⁴ Aus Perspektive des Grundkonzepts drängt sich keine der Gestaltungsvarianten auf und es ist keine Variante konzeptuell ausgeschlossen. Das Objekt kann also durch den Gesetzgeber grundsätzlich frei bestimmt werden.¹⁵⁰⁵ Problematisch ist, dass der Gesetzgeber dies regelmässig nicht mit der wünschenswerten Klarheit tut.¹⁵⁰⁶ Dies erzeugt konzeptuell unnötige Rechtsunsicherheiten.

744 Es mag bei flüchtiger Betrachtung einleuchten, dass im Rahmen (eines untergeordneten Konzepts) der wirtschaftlichen Berechtigung der wirtschaftlich Berechtigte, also das Subjekt, im Vordergrund steht. Das Objekt hingegen wird nicht selten vernachlässigt, wohl in der Annahme, es ergäbe sich aus der Norm oder zumindest aus dem Kontext. Das mag regelmässig zutreffend sein, doch ist die Frage nach dem Objekt – jedenfalls in den Details – teilweise unklar, was auch die Bestimmung des Subjekts erschweren kann.¹⁵⁰⁷ Die Unklarheiten bezüglich des Objekts sind weder (konzeptuell) zwingend noch einleuchtend.

2. Der intersubjektive Ansatz im Besonderen

745 Die Untersuchung hat gezeigt, dass es untergeordnete Konzepte gibt, in denen das Objekt ein Rechtssubjekt ist, was hier als intersubjektiver Ansatz be-

1502 Vgl. LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 44.

1503 Vgl. dazu oben Rz. 715 ff.

1504 S. dazu oben Rz. 539 ff., Rz. 579.

1505 Das Objekt ist jedoch nicht unabhängig von der Subjekt-Objekt-Relation (s. dazu oben Rz. 522 f.). Da deren Gehalt aber konzeptuell nur rudimentär vorgegeben ist (s. dazu unten Rz. 753 ff.), gibt es hinsichtlich des Objekts a priori keine inhaltlichen Zwänge.

1506 S. dazu oben Rz. 579; exemplarisch oben Rz. 352 ff.

1507 Vgl. dazu etwa oben Rz. 352 ff.

zeichnet wird.¹⁵⁰⁸ Aus konzeptueller Sicht spricht nichts gegen einen solchen Ansatz.¹⁵⁰⁹

Den untersuchten intersubjektiven Ansätzen ist gemein, dass sie, gewissermassen durch das Objekt hindurch, indirekt auf etwas anderes zielen.¹⁵¹⁰ Auch das ist konzeptuell nicht ausgeschlossen. Es drängt sich aber die Frage auf, ob es nicht sinnvoller wäre, direkt den letztendlich anvisierten Gegenstand zum Objekt zu machen.¹⁵¹¹ Dies würde auch das sonst teilweise auftretende «Treuhandproblem» lösen.¹⁵¹² Ein anderer Ansatz zur Lösung dieses Problems wäre die klare Offenlegung (in erster Linie durch den Gesetzgeber) des letztendlich anvisierten Gegenstands, sodass das Treuhandproblem auf dem Weg der Auslegung einigermassen rechtssicher gelöst werden könnte.¹⁵¹³ Diese beiden Ansätze würden zum selben Ergebnis führen. Vor dem Hintergrund dieser Ergebniskongruenz ist der intersubjektive Ansatz dort, wo er letztlich durch das Objekt hindurch auf etwas anderes zielt, als unnötige Verkomplizierung abzulehnen. Aber um es nochmals deutlich zu sagen: Aus Sicht des Grundkonzepts gibt es keinen zwingenden Grund, den intersubjektiven Ansatz auszuschliessen.

2.1. Objektseitige Personenmehrheiten

Wo Rechtssubjekte als Objekt in Frage kommen, stellt sich – analog zur Situation beim Subjekt – zwangsläufig die Frage nach objektseitigen Personenmehrheiten.¹⁵¹⁴ Dass es mehrere Objekte für ein Subjekt geben kann, ist klar. Unklar ist hingegen die Konstellation einer Personenmehrheit als ein Objekt.

Ob es hierbei zu Schwierigkeiten kommen kann, hängt wesentlich von der einschlägigen Objektdefinition ab. Wenn bspw. nur *eine* juristische Person Objekt sein kann (wie dies etwa beim Kontrollinhaber i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG der Fall ist),¹⁵¹⁵ stellt sich die Frage nach Personenmehrheiten nicht. Wenn die Objektdefinition offener ist (wie bspw. im Rahmen von Art. 697j OR)¹⁵¹⁶, muss die Frage geklärt werden. Der Gesetzgeber hat dies im letztgenannten Beispiel nicht getan und die Doktrin setzt sich nicht damit ausein-

1508 S. dazu oben Rz. 540.

1509 Vgl. dazu oben Rz. 743.

1510 S. dazu oben Rz. 541 ff.

1511 Vgl. dazu oben Rz. 542 f.

1512 S. dazu oben Rz. 390.

1513 Vgl. dazu oben Rz. 390 f.

1514 S. dazu oben Rz. 544.

1515 Vgl. dazu oben Rz. 345 ff.

1516 Vgl. dazu oben Rz. 388 ff.

ander.¹⁵¹⁷ Überhaupt finden sich kaum Auseinandersetzungen mit der Thematik. Das überrascht nicht, fehlt doch regelmässig überhaupt die (vertiefte) Auseinandersetzung mit dem Objekt.

749 Die genannten Probleme hinsichtlich der objektseitigen Personenmehrheiten sind allesamt der mangelnden Auseinandersetzung mit der Thematik – sei es durch den Gesetzgeber, sei es durch Lehre und Praxis – geschuldet. Aus konzeptueller Sicht sind objektseitige Personenmehrheiten jedenfalls nicht ausgeschlossen.

2.2. Rechtsstellung des Objekts

750 Wenn es sich beim Objekt um ein Rechtssubjekt handelt, stellt sich – analog zur Situation beim Subjekt –¹⁵¹⁸ die Frage nach dessen Rechtsposition.

751 Aus dem Grundkonzept selbst ergibt sich keine irgendwie geartete Rechtsposition des Objekts, und zwar aus denselben Gründen wie beim Subjekt.¹⁵¹⁹ Es ist allerdings – wiederum wie beim Subjekt –¹⁵²⁰ dem Gesetzgeber unbenommen, Rechtsfolgen an die Objektstellung zu knüpfen (bspw. bei Art. 697j OR, der das Objekt zum Meldesubjekt macht). Auch ist nicht ausgeschlossen, dass das Objekt aus anderen, d.h. konzeptfremden Gründen eine bestimmte Rechtsposition innehat.¹⁵²¹ Insofern ist die Situation im Wesentlichen dieselbe wie beim Subjekt.

752 Eine objektspezifische Besonderheit gibt es indessen. Wie sich gezeigt hat, steht das Objekt beim intersubjektiven Ansatz jeweils in einer bestimmten Rechtsbeziehung zu einem Vermögenswert.¹⁵²² Diese Rechtsbeziehung ist nicht Ausfluss des Grundkonzepts, sondern Voraussetzung für die Qualifikation als Objekt und Ratio für die Erfassung als Objekt.¹⁵²³

E. Subjekt-Objekt-Relation

753 Die Subjekt-Objekt-Relation ist der komplexeste und von der Lehre meistbeachtete und -bearbeitete Aspekt wirtschaftlicher Berechtigung. Wie sich gezeigt hat, sind die Ausgestaltungen im Einzelnen sehr verschieden.¹⁵²⁴ Im

1517 S. dazu etwa oben Rz. 404 f.

1518 S. dazu oben Rz. 727 ff.

1519 S. dazu oben Rz. 728 ff.

1520 S. dazu oben Rz. 734 ff.

1521 S. dazu oben Rz. 737 ff.

1522 S. dazu oben Rz. 541.

1523 Vgl. dazu oben Rz. 541.

1524 S. dazu oben Rz. 549 ff.

Kern, und damit aus Perspektive des Grundkonzepts, geht es jedoch immer um Kontrolle in wirtschaftlicher Betrachtungsweise.¹⁵²⁵ Wäre die Sache aber wirklich so einfach, wäre zu dieser Thematik kaum so viel Tinte vergossen worden. Wie zu zeigen sein wird, lässt sich der normative Gehalt der Subjekt-Objekt-Relation – anders als beim Subjekt oder Objekt – nicht einfach mit diesen Begriffen (Kontrolle und wirtschaftliche Betrachtungsweise) abschliessend bestimmen. Vielmehr gibt es eine konzeptinhärente normative Unschärfe betreffend die Subjekt-Objekt-Relation. Darauf und auf weitere Aspekte der Subjekt-Objekt-Relation ist im Folgenden einzugehen.

1. Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Kontrolle als Kernelemente

Wie erwähnt, bilden die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Kontrolle die Kernelemente der Subjekt-Objekt-Relation. Mit dieser Feststellung ist aber wenig geklärt; die beiden Begriffe bedürfen der weiteren Erläuterung. 754

1.1. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

1.1.1. Begriff

Es geht hier nicht darum, die wirtschaftliche Betrachtungsweise in Gänze zu erarbeiten, sondern darum, die wichtigsten Aspekte zu beleuchten. Als Ausgangspunkt geeignet und treffend ist die Formulierung von MEIER-HAYOZ, wonach die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine «durch die äussere Form hindurchdringende materielle Würdigung» ist.¹⁵²⁶ Es geht also um eine Betrachtung «Substance over Form»¹⁵²⁷ bzw. mit dem «Röntgenauge»¹⁵²⁸, um es bildlich und einprägsam zu formulieren. Formalrechtliche Gesichtspunkte sind bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise irrelevant; massgeblich sind die wirtschaftlichen Wirkungen.¹⁵²⁹ Methodologisch ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Teil der teleologischen Auslegung zu verorten.¹⁵³⁰ 755

Damit weist die wirtschaftliche Betrachtungsweise inhaltlich zwei Seiten auf. Zum einen verlangt sie eine Würdigung des Sachverhalts mit Blick auf 756

1525 S. dazu oben Rz. 581.

1526 MEIER-HAYOZ, Verkaufsfall, 271; dem folgend: EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 329; LANZ, Betrachtungsweise, 2; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1224.

1527 KUNZ, Sondermethodik, 152 m.w.H.

1528 BÖCKLI, Transponierungstheorie, 57.

1529 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Gesellschaftsrecht, § 10 Rz. 239; vgl. auch HÖHN, Betrachtungsweise, 389.

1530 S. dazu oben Rz. 698.

seinen wirtschaftlichen Gehalt. Zum anderen führt sie (als Rechtsgewinnungsprinzip) zu einer teleologischen Auslegung.¹⁵³¹

1.1.2. Bedeutung für die Subjekt-Objekt-Relation

- 757 Wie sich gezeigt hat, kommt die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Grundkonzept grundsätzlich¹⁵³² nur betreffend die Subjekt-Objekt-Relation zur Anwendung.¹⁵³³ Aus dem Obigen ergibt sich, dass sie diesbezüglich sowohl als Auslegungs- wie auch als Sachverhaltswürdigungsmethode zur Anwendung kommt. Ersteres bedeutet, dass sich der normative Gehalt der Subjekt-Objekt-Relation schwergewichtig aus dem Normzweck ergibt;¹⁵³⁴ Letzteres, dass bei der Normanwendung die formaljuristischen Aspekte und Gestaltungen des massgeblichen (Kontroll-)Sachverhalts grundsätzlich irrelevant sind und auf den wirtschaftlichen Gehalt bzw. die wirtschaftlichen Effekte des (Kontroll-)Sachverhalts abgestellt wird.

1.2. Kontrolle

- 758 Die Untersuchung hat gezeigt, dass es betreffend den Kontrollbegriff diverse Ausgestaltungen gibt.¹⁵³⁵ Im Kern – und damit aus Perspektive des Grundkonzepts – geht es jedoch schlicht um Kontrolle (des Subjekts über das Objekt) per se, also ohne irgendeine weitere Spezifizierung.¹⁵³⁶ Damit wird die Kontrolle als solche zum Tatbestandsmerkmal erhoben, und zwar unabhängig von ihrem Grund.¹⁵³⁷ Kontrolle ist auch das massgebliche Zuordnungsargument in der Zuordnungsfunktion.¹⁵³⁸
- 759 Das erscheint zunächst einmal unproblematisch. Allerdings weist der Begriff der Kontrolle eine grosse Extension auf,¹⁵³⁹ und es ist – wie die Vertikalbetrachtung gezeigt hat – im Einzelnen oft schwierig zu bestimmen, ob eine bestimmte Konstellation von der Extension der Subjekt-Objekt-Relation

1531 BGer 2C_969/2015 vom 24. Mai 2016 E. 2.3.1.; BGer 2C_342/2016/2C_343/2016 vom 23. Dezember 2016 E. 3.2.2.; BÖCKLI, Transponierungstheorie, 58; KOBIERSKI, Durchgriff, 50f.; vgl. ferner DUBS, Betrachtungsweise, 569.

1532 Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kommt im Falle subjektseitiger Personenmehrheiten u.U. auch beim Subjekt zur Anwendung (s. dazu oben Rz. 721).

1533 S. dazu oben Rz. 487.

1534 Vgl. dazu oben Rz. 666 ff.

1535 S. dazu oben Rz. 555 ff.

1536 S. dazu oben Rz. 580; ferner VAN DER DOES DE WILLEBOIS ET AL., Puppert, 19.

1537 Vgl. DRUEY, Meldepflicht, 40; ihm folgend: METTIER, Offenlegung, 118; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 122.

1538 S. dazu oben Rz. 681.

1539 Vgl. dazu oben Rz. 555 ff.

des jeweiligen untergeordneten Konzepts erfasst wird oder nicht. Das muss für das notwendigerweise noch abstraktere Grundkonzept umso mehr gelten. Damit handelt es sich bei der Kontrolle um einen unbestimmten Begriff.¹⁵⁴⁰

1.3. Ergebnis

Die Subjekt-Objekt-Relation setzt Kontrolle unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise voraus.¹⁵⁴¹ Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass somit ein unbestimmter Begriff unter Berücksichtigung des Normzwecks ausgelegt werden muss, wobei für die Rechtsanwendung der massgebliche (Kontroll-)Sachverhalt auf seinen wirtschaftlichen Gehalt hin untersucht werden muss. Das ist konzeptuell überzeugend, aber unscharf. Somit ist die normative Unschärfe konzeptuell bedingt, also konzeptinhärent.

2. Normative Unschärfe als funktionales Element

Die obigen Ausführungen haben ergeben, dass es betreffend die Subjekt-Objekt-Relation eine konzeptinhärente normative Unschärfe gibt. Darauf ist näher einzugehen. Zu diesem Zweck soll untersucht werden, woraus sich diese Unschärfe ergibt, wie sie sich manifestiert und wie damit umzugehen ist.

2.1. Gründe für die inhärente Unschärfe

Auf zwei der Gründe für die normative Unschärfe – Kontrollbegriff und wirtschaftliche Betrachtungsweise – wurde bereits kurz eingegangen, allerdings mit dem Fokus auf ihre Rolle als konstituierende Elemente der Subjekt-Objekt-Relation. Auf sie soll deshalb noch mit Blick auf ihre Rolle hinsichtlich der normativen Unschärfe eingegangen werden. Wie zu zeigen sein wird, ist auch die Umgehungsverhinderungsfunktion ein wichtiger Grund für die normative Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation.

2.1.1. *Wirtschaftliche Betrachtungsweise*

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise (als Methode) führt für sich genommen nicht zu einer erhöhten normativen Unschärfe. Sie erschwert jedoch die Anknüpfung des Kontrollbegriffs an klar definierbare Kontrollsachverhalte. Indem auf den wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhalts abgestellt wird, ist jede beliebige Relation zu erfassen, die vom wirtschaftlichen Gehalt her die erforderliche Kontrolle mit sich bringt. Damit ist eine (abschliessende) Aufzählung zu erfassender Kontrollsachverhalte nicht möglich.

¹⁵⁴⁰ Vgl. WANK, *Begriffsbildung*, 37; s. dazu unten Rz. 765 ff.

¹⁵⁴¹ Vgl. BGE 148 III 362 E. 6.2.

2.1.2. *Begriff der Kontrolle*

764 Es wurde bereits festgehalten, dass es sich beim Kontrollbegriff um einen unbestimmten Begriff handelt.¹⁵⁴² Auf diese Feststellung und weitere Begriffseigenschaften ist näher einzugehen.

a) *Unbestimmter Begriff*

765 Die genaue Umschreibung des unbestimmten Rechtsbegriffs ist umstritten.¹⁵⁴³ Er unterscheidet sich jedenfalls nur graduell von den bestimmten Rechtsbegriffen.¹⁵⁴⁴ Entsprechend ist es schwierig, die Unbestimmtheit des Kontrollbegriffs an klaren Kriterien festzumachen.

766 Betreffend den Kontrollbegriff lässt sich sagen, dass es nebst eindeutig positiven Fällen (Kontrolle gegeben) und eindeutig negativen Fällen (keine Kontrolle) ein grosses Feld von unklaren Kandidaten gibt, für die das Urteil schwer zu fällen ist. Diese Schwierigkeit hat sich im Rahmen der Vertikalbetrachtung insb. im zähen Ringen um definitorische Klarheit gezeigt. Weist ein Begriff ein (derart grosses) Feld an «zweifelhaften Kandidaten» auf, handelt es sich um einen vagen und damit unbestimmten Begriff.¹⁵⁴⁵

767 Die Vagheit lässt sich nicht nur aus den Mühen der Praxis deduzieren; sie lässt sich konzeptuell erklären. Kontrolle setzt einen bestimmten Grad an Einfluss (auf das Objekt) voraus. Dieser Einfluss kann im konkreten Fall nicht vorhanden, total oder irgendwo dazwischen sein. Ab welchem Grad des Einflusses Kontrolle vorliegt, lässt sich kaum abstrakt trennscharf festlegen. Ungeachtet dessen muss aufgrund der konzeptuellen Bivalenz (Kontrolle kann nur gegeben oder nicht gegeben sein) ein Entscheid gefällt werden können. Damit ist im Kontrollbegriff eine Spielart des Sorites-Paradoxons zu erblicken.¹⁵⁴⁶ Ausserdem handelt es sich um einen Fall der graduellen Vagheit.¹⁵⁴⁷

b) *Normativer Begriff*

768 Rechtsbegriffe lassen sich in deskriptive und normative Begriffe einteilen.¹⁵⁴⁸ Deskriptive Begriffe beziehen sich auf in der Wirklichkeit wahrnehmbare

1542 S. dazu oben Rz. 759.

1543 HRUBESCH-MILLAUER-BK ZGB 2012, Art. 4 N 135.

1544 RÖTHEL, Normkonkretisierung, 46; SCHOCH, Methode, 11; WANK, Methodenlehre, § 8 Rz. 97.

1545 Vgl. FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 68 ff.; GRUSCHKE, Vagheit, 15 ff.; HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 287 ff.; SCHOCH, Methode, 12 f.; WANK, Begriffsbildung, 44.

1546 S. dazu GRUSCHKE, Vagheit, 36 ff.

1547 Vgl. GRUSCHKE, Vagheit, 27 ff.; FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 73 f.

1548 RÖTHEL, Normkonkretisierung, 46; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 176; SCHOCH, Methode, 12 erblickt darin Unterkategorien des unbestimmten Begriffs.

Phänomene, womit sich der Sinn aus ihnen selbst ergibt (bspw. der Begriff «Mensch»).¹⁵⁴⁹ Normative Begriffe verlangen demgegenüber eine Wertung des Rechtsanwenders, sie sind wertausfüllungsbedürftig.¹⁵⁵⁰ Allerdings kommen auch die deskriptiven Begriffe nicht ganz ohne Wertung aus.¹⁵⁵¹ Der Unterschied zwischen deskriptiven und normativen Begriffen ist also graduell. Der Unterschied ist insofern bedeutsam, als normative Begriffe unbestimmter sind als deskriptive.¹⁵⁵²

Wie ist der Kontrollbegriff zu verorten? Wie gezeigt, umfasst der Kontrollbegriff verschiedene Ausgestaltungen.¹⁵⁵³ Die zwei Hauptvarianten, die rechtlich abgesicherte und die faktische Kontrolle, sind näher zu betrachten. Um zu bestimmen, ob eine rechtliche Kontrolle vorliegt, muss eine (rechtliche) Wertung vorgenommen werden. Bei der faktischen Kontrolle liegt dem Kontrollverhältnis ein soziales und/oder ökonomisches Phänomen zugrunde.¹⁵⁵⁴ Ob sich daraus eine Kontrolle ergibt, kann nur mit einer wertenden Betrachtung bestimmt werden, denn es ergibt sich nicht aus der Sache selbst. Der Begriff der Kontrolle ist also ein normativer und damit wertausfüllungsbedürftiger Begriff.¹⁵⁵⁵

c) *Typusbegriff*

In der juristischen Begriffsformenlehre können Klassen- und Typenbegriffe unterschieden werden. Ein Klassenbegriff liegt vor, wenn bei Erfüllung bestimmter Kriterien der Begriff erfüllt ist.¹⁵⁵⁶ Die Anzahl der Kriterien ist dabei theoretisch ebenso wenig beschränkt wie die Art ihrer Verknüpfung (bspw. konjunktiv oder disjunktiv).¹⁵⁵⁷ Demgegenüber zeichnet sich der Typenbegriff dadurch aus, dass die Anzahl der Kriterien offen (also unbestimmt) ist,

1549 ENGISCH, Einführung, 160 f.; MÖLLERS, Methodenlehre, § 4 Rz. 58; RÖTHEL, Normkonkretisierung, 46; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 177.

1550 ENGISCH, Einführung, 162; HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 291 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 74 f.; MÖLLERS, Methodenlehre, § 4 Rz. 56; RÖTHEL, Normkonkretisierung, 46; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 181; WANK, Methodenlehre, § 8 Rz. 92 ff.

1551 MÖLLERS, Methodenlehre, § 4 Rz. 58; WANK, Methodenlehre, § 8 Rz. 92.

1552 RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 176.

1553 S. dazu oben Rz. 555 ff.

1554 Vgl. dazu oben Rz. 563 f.

1555 Eine Qualifikation des Kontrollbegriffs als deskriptiver Begriff würde im Übrigen nichts an der oben festgestellten Unbestimmtheit ändern. Unbestimmtheit kann auch bei deskriptiven Begriffen vorkommen (HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 292; KRAMER, Methodenlehre, 68 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 178).

1556 PUPPE, Schule, 56 f.; WANK, Methodenlehre, § 8 Rz. 82; detailliert FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 34 ff.; vgl. ferner LARENZ, Methodenlehre, 226.

1557 Vgl. FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 38 ff.; WANK, Methodenlehre, § 8 Rz. 83.

einzelne Kriterien wegfallen können und v.a. dass ein «Weniger» bei einem Kriterium durch ein «Mehr» bei einem anderen ausgeglichen werden kann.¹⁵⁵⁸ Ungeachtet dessen wird aus diesem «elastischen Merkmalsgefüge»¹⁵⁵⁹ letztlich ein «eindimensionaler Gesamtschluss» gezogen; entweder ist der Typenbegriff erfüllt oder nicht.¹⁵⁶⁰

771 Der Kontrollbegriff lässt sich in diverse Kriterien aufgliedern, wie bspw. rechtliche, soziale und/oder ökonomische Kontrolle. Diese Kriterien können weiter verfeinert bzw. zergliedert werden. So ist insb. betreffend soziale bzw. faktische Kontrolle eine enorme Vielzahl an Kontrollkonstellationen denkbar.¹⁵⁶¹ Es ist augenfällig, dass nicht alle diese Kontrollformen vorliegen müssen, um im Ergebnis von Kontrolle auszugehen.¹⁵⁶² Ebenso klar ist, dass bei einem kumulativen Auftreten ein «Mehr» einer Kontrollform ein «Weniger» einer anderen auszugleichen vermag.¹⁵⁶³ Somit handelt es sich beim Kontrollbegriff um einen Typusbegriff.¹⁵⁶⁴

772 Die Vertikalbetrachtung hat gezeigt, dass die Subjekt-Objekt-Relationen bei den untergeordneten Konzepten sich nicht in klar definierten und abschliessenden Kriterienkatalogen erschöpfen.¹⁵⁶⁵ Vor dem Hintergrund, dass die Subjekt-Objekt-Relation in wirtschaftlicher Betrachtungsweise geprüft werden muss, ist eine abschliessende Auflistung aller relevanten Kriterien kaum möglich.¹⁵⁶⁶ Zudem macht die erforderliche Flexibilität¹⁵⁶⁷ ein ebensolches System notwendig. Kontrolle kann somit aus funktionaler Perspektive kein klassenlogischer Begriff sein; der Typus ist die funktionsadäquate Form. Mit der Qualifikation als Typus ist zwangsläufig eine Unschärfe verbunden.¹⁵⁶⁸

1558 LARENZ, Methodenlehre, 221; LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 42; LEENEN, Typus, 34 ff.; MÖLLER, Betrachtungsweise, 127 f.; PUPPE, Schule, 60; kritisch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 184, Rz. 930 ff.; WANK, Begriffsbildung, 127 ff.; DERS., Methodenlehre, § 8 Rz. 85 f.; vgl. auch FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 60 f.

1559 LEENEN, Typus, 34.

1560 FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 64, 78; PUPPE, Schule, 66; WANK, Begriffsbildung, 126 f.

1561 Vgl. dazu unten Rz. 779.

1562 Damit tritt zur graduellen Vagheit des Kontrollbegriffs und seiner Kriterien (vgl. dazu oben Rz. 767) eine kombinatorische Vagheit hinzu (vgl. FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 72 f.; GRUSCHKE, Vagheit, 27 ff.).

1563 Ein untergeordnetes Konzept kann auch nur eine ganz bestimmte Art von Kontrolle voraussetzen (vgl. dazu unten Rz. 797).

1564 Andeutungsweise MATTHEY, Notion, 88: «concept à géométrie variable».

1565 Das gilt im Ergebnis sogar bei scheinbar klaren Kriterien (vgl. dazu unten Rz. 797).

1566 S. dazu oben Rz. 763.

1567 S. dazu unten Rz. 774 ff.

1568 LEENEN, Typus, 91.

2.1.3. Umgehungsverhinderungsfunktion

Die Untersuchung hat ergeben, dass das Grundkonzept der wirtschaftlichen 773
Berechtigung eine Umgehungsverhinderungsfunktion aufweist. Es ist nahe-
liegend, dass diese Funktion, die auf der wirtschaftlichen Betrachtungsweise
und der starken Zweckorientierung basiert,¹⁵⁶⁹ ebenfalls zur Unschärfe bei-
trägt. Das ist im Folgenden näher zu untersuchen.

a) *Flexibilitätsbedürfnis oder von der Unschärfe als Reaktion auf die Privatautonomie bzw. deren Ausschöpfung*

Bei diversen untergeordneten Konzepten wird in der Lehre angemahnt, eine 774
zu starre Definition könnte dem Konzept oder – genauer – der Umgehungs-
verhinderungsfunktion zuwiderlaufen. So hat etwa GEIGER betreffend die
VSB darauf hingewiesen, dass eine starre Definition gar nicht wünschens-
wert ist, da diese innert Kürze überholt wäre und zur «magna charta» für
Geldwäscher» würde.¹⁵⁷⁰ Diese Überlegung gilt auch für das GwG.¹⁵⁷¹ Von
ähnlichen Überlegungen dürften WATTER/DUBS geleitet worden sein, wenn
sie betreffend die börsenrechtliche Meldepflicht vor einem «Wettrüsten»
[warnen], bei dem die Finanzmärkte mit immer komplizierteren Produkten
die gesetzlichen Bestimmungen zu umgehen versuchen.»¹⁵⁷² In diesem Zu-
sammenhang erblickt KUNZ «die größte Herausforderung für die Rechtsset-
zung und für die Rechtsanwendung darin, nicht ins Hintertreffen gegenüber
der Kreativität der Wirtschaftsrealität zu geraten.»¹⁵⁷³ Von ähnlichen Über-
legungen hat sich (ebenfalls zur börsenrechtlichen Meldepflicht) das Bundes-
gericht leiten lassen.¹⁵⁷⁴ Im Übrigen scheinen Transparenzbestimmungen –
das Grundkonzept weist eine Transparenzfunktion auf –¹⁵⁷⁵ ganz allgemein
Ausweichbewegungen zu provozieren, die nur schwer vollständig erfasst
werden können.¹⁵⁷⁶

1569 S. dazu oben Rz. 706.

1570 GEIGER, VSB, 128; dem folgend: MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N 21; ähnlich MATTHEY,
Notion, 56 f.; STANISLAS, Ayant, 416, 418, 424.

1571 LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 538; PODA, Effets, 54, 249; ähnlich wohl
WYSS-OFK GwG, Art. 4 N 2, der darauf hinweist, dass eine «Definition, die auf formelle
Elemente abstellt, von vornherein lückenhaft bleiben» müsse.

1572 WATTER ROLF / DUBS DIETER, Optionsstrategien bei Übernahmekämpfen, in: Tschäni
Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions X, Zürich/Basel/Genf 2008, 173 ff., 194; andeu-
tungsweise BERISHA, Diffusion, 125.

1573 KUNZ, Beteiligungstransparenz, 254.

1574 Vgl. BGE 136 II 304 E. 7.4. ff.

1575 S. dazu oben Rz. 674 ff.

1576 Vgl. DRUEY, Meldepflicht, 37.

775 Die konzeptuelle Unschärfe ist also vor dem Hintergrund der Umgehungsverhinderungsfunktion als Reaktion auf die mannigfaltigen Gestaltungsmöglichkeiten¹⁵⁷⁷ der Rechtsunterworfenen zu betrachten. Diese Möglichkeiten eröffnen ein unendliches Spektrum an potenziellen Kontrollbeziehungen,¹⁵⁷⁸ die es allesamt zu erfassen gilt. So betrachtet ist die normative Unschärfe (zusammen mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise) die geradezu natürliche und naheliegende Reaktion auf die Willkür der Rechtsunterworfenen. Eine (zu) starre Definition, so die Befürchtung, könnte die Missbrauchsbekämpfung verhindern oder zumindest erschweren.

776 Um der Kreativität der Rechtsunterworfenen zu begegnen, ist also grösstmögliche Flexibilität gefordert. Es bedarf eines (Grund-)Konzepts, das eine «lückenlose dynamische Ordnung»¹⁵⁷⁹ sicherstellt, um so die mannigfaltigen rechtlichen, ökonomischen und sozialen Realien (auch der Zukunft) uneingeschränkt zu erfassen. Die Subjekt-Objekt-Relation stellt mittels Unbestimmtheit, Wertungsbedürftigkeit, Zweckorientierung und wirtschaftlicher Betrachtungsweise die erforderliche Lückenlosigkeit sicher. Diese Charakteristika, insb. die Unbestimmtheit, räumen den Rechtsanwendern ausreichend Spielraum ein, um eine Vielzahl von (auch unvorhergesehenen künftigen) Relationen zu erfassen.¹⁵⁸⁰ Die Dynamik dieser lückenlosen Ordnung wird durch die Eigenschaft des Kontrollbegriffs als typenlogischer Begriff sichergestellt. Die zentralen rechtsdogmatischen Eigenschaften des Kontrollbegriffs sind also geeignet und erforderlich, um die oben beschriebenen¹⁵⁸¹ praktischen Probleme zu lösen.

777 Es bleibt festzuhalten, dass die Umgehungsverhinderungsfunktion eine Subjekt-Objekt-Relation verlangt, die alle möglichen rechtlichen, ökonomischen und sozialen Kontrollverhältnisse erfassen kann. Damit gehen zwangsläufig Abstriche bei der Präzision des Normtexts einher. Die normative Unschärfe ist somit sachlich überzeugend und funktional erforderlich, jedoch rechtsstaatlich nicht unbedenklich. Darauf wird zurückzukommen sein.¹⁵⁸²

1577 Anschaulich TRIGO TRINDADE, *Jurisprudence*, 215: «l'ayant droit économique, ce personnage qui peut revêtir mille habits juridiques»; vgl. ferner MATTHEY-CRLBA, Art. 2a N 30 a.E.

1578 Vgl. DRUEY, *Meldepflicht*, 39.

1579 So die treffende Formulierung bei KUNZ, *Beteiligungstransparenz*, 259 betreffend die börsenrechtliche Offenlegungspflicht; s. ferner DERS., *Implenia*, 1479.

1580 Vgl. etwa BGE 136 II 304 E. 7.5. ff.; BGE 148 II 444 E. 5.5.1. (= Pra 2023 Nr. 27); GEIGER, *VS*, 127 f.; SCHOCH, *Methode*, 112 f.; WIEDEMANN, *Rechtssicherheit*, 214.; s. ferner KRAMER, *Methodenlehre*, 84 f.; MERZ, *Generalklausel*, 338 f.; RÖTHEL, *Normkonkretisierung*, 46; WANK, *Methodenlehre*, § 8 Rz. 100.

1581 S. dazu oben Rz. 774 f.

1582 S. dazu unten Rz. 784 ff.

Die vorangehenden Gedanken zum Verhältnis zwischen Unschärfe und Umgehungsversuchen hat der Oregon Supreme Court konzis und knapp auf den Punkt gebracht: «We do not deem it advisable to lay down any hard-and-fast rule [...]. Were we to do so, a certain class of gentlemen [...] would lie awake nights endeavoring to conceive some devious and shadowy way of evading the law.»¹⁵⁸³

b) Erfassung rein tatsächlicher Kontrolle

Im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation erhebt der Kontrollbegriff die Kontrolle als solche zum Tatbestandsmerkmal.¹⁵⁸⁴ Dabei wird auch eine rein tatsächliche bzw. faktische – im Sinne einer nicht notwendigerweise rechtlich abgesicherten – Kontrolle erfasst.¹⁵⁸⁵ Damit muss der Kontrollbegriff in der Lage sein, vielgestaltige soziale Phänomene zu erfassen. Das kann zu erheblichen Schwierigkeiten führen: «Soziale und psychologische Phänomene wie Freundschaft oder empfundene Abhängigkeit kann das Recht kaum einordnen, sofern sie nicht in einem Rechtsverhältnis oder doch in einer nachweisbaren wirtschaftlichen Verbindung Ausdruck finden.»¹⁵⁸⁶ In Anbetracht dieser Umstände geht DEDEYAN (betreffend den wirtschaftlich Berechtigten im Rahmen der börsenrechtlichen Meldepflicht) gar von einem «vorrechtlichen, sozioökonomischen Tatbestand» aus.¹⁵⁸⁷

Ungeachtet der genannten Schwierigkeiten muss der Kontrollbegriff, insb. vor dem Hintergrund der Umgehungsverhinderungsfunktion, derartige Phänomene erfassen können. Mit Blick auf die unzähligen möglichen Konstellationen ist dies nur bei genügender normativer Offenheit umsetzbar.¹⁵⁸⁸ Das Erfordernis, faktische Kontrolle und damit auch soziale Phänomene zu erfassen, bedingt also eine gewisse Unschärfe des Kontrollbegriffs.

1583 State v. Whiteaker, 118 Or. 656, 661 (1926).

1584 S. dazu oben Rz. 758.

1585 S. dazu oben Rz. 758.

1586 CRAMER, Person, 167; ähnlich EGLE, Anonymität, Rz. 377: «Hinzuweisen ist darauf, dass sich in vielen Fällen eine Kontrolle «auf andere Weise» [i.S.v. nicht durch qualifizierte Beteiligung] nicht als solche offenbaren wird»; GAFI, Transparency, Rz. 37 lit. d: «Criminals often use informal nominee arrangements whereby friends, family members or associates purport to be the beneficial owners of corporate vehicles. This can be particularly challenging given the informal and private nature of such arrangements»; vgl. ferner DRUEY, Meldepflicht, 37, der darauf hinweist, dass «menschliche Verständigung nicht als solche transparent gemacht werden kann»; dem folgt METTIER, Offenlegung, 138.

1587 DEDEYAN, Unternehmenskommunikation, 1031.

1588 Vgl. REINHARD-DEROO, BO, 128: «[T]he term beneficial ownership is often used when precise legal definition is not available to capture a factual situation with sufficient legal accuracy» [Hervorhebung weggelassen].

2.1.4. Ergebnis

781 Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation zum Tragen kommt, erschwert eine starre Definition dieser Relation, schliesst sie aber nicht gänzlich aus. Allerdings weist der Kontrollbegriff als unbestimmter, normativer und typenlogischer Begriff naturgemäss eine erhöhte Vagheit auf. Diese Vagheit ist jedoch nicht eine unerwünschte Begleitererscheinung der Begriffsnatur. Vielmehr ist sie durch die Umgehungsverhinderungsfunktion bedingt. Die Zuordnungsfunktion der Subjekt-Objekt-Relation soll nicht durch willkürliche Gestaltungen der Kontrollbeziehung unterlaufen werden können. Die deshalb erforderliche Flexibilität kann dem Rechtsanwender nur mittels erhöhter Unbestimmtheit zur Verfügung gestellt werden. Die Unschärfe ist der wertungsfreie¹⁵⁸⁹ und neutralisierende Antagonist der willkürlichen privatautonomen Gestaltungen, die es zu erfassen gilt. Auch die (potenzielle) Komplexität der – lückenlos zu erfassenden – (Kontroll-)Sachverhalte führt zwangsläufig zu einer gewissen Unbestimmtheit.¹⁵⁹⁰

782 Die normative Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation ist also Ausfluss von deren prägenden Charakteristika, nämlich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und insb. der Rechtsnatur des Kontrollbegriffs sowie der Umgehungsverhinderungsfunktion. Sie ist rechtsdogmatisch bedingt und funktional erforderlich.

783 Damit ist eine trennscharfe klassenlogische Definition des Kontrollbegriffs (und damit letztlich des Grundkonzepts) nicht möglich. Der proteusartige Kontrollbegriff lässt sich nicht in das Prokrustesbett des Klassenbegriffs zwängen – jedenfalls nicht ohne die funktional erforderliche Flexibilität zu verlieren. Zudem kann das zentrale funktionale Element der normativen Unschärfe nicht mit einer trennscharfen Definition beseitigt werden, ohne die konzeptuell essenzielle Umgehungsverhinderungsfunktion preiszugeben. Im Folgenden muss deshalb ein Weg gefunden werden, um mit dieser konzeptimmanenten Unschärfe und der Typenlogik umzugehen.

1589 Mit Wertungsfreiheit ist nicht gemeint, dass die Rechtsanwendung keiner Wertung bedarf; das wäre offenkundig falsch, handelt es sich beim Kontrollbegriff doch um einen normativen Begriff. Er ist insofern wertungsfrei, als er keine Missbräuchlichkeit oder besondere Absichten voraussetzt, also mit keiner (ethisch-moralischen) Wertung der Gründe und Absichten hinter der zu erfassenden tatsächlichen Konstellation verbunden ist.

1590 Vgl. BGE 127 V 431 E. 2. b) aa).

2.2. Vorgaben im Umgang mit Unschärfe

Mit Blick auf die konzeptimmanente Unschärfe stellt sich im Lichte des Legalitätsprinzips¹⁵⁹¹ die Frage nach dem Umgang mit diesem Phänomen. 784

2.2.1. Legalitätsprinzip im Allgemeinen

Gemäss Standardtextblock des Bundesgerichts müssen Rechtssätze «so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können [...]. Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf dabei nicht absolut verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss [...]. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab». ¹⁵⁹² Auch die Lehre anerkennt, dass Komplexität und Sachverhaltsvielfalt eine erhöhte Unbestimmtheit unumgänglich machen können. ¹⁵⁹³ Unter Berücksichtigung der grossen Vielfalt an zu erfassenden Kontrollsachverhalten und deren (potenzieller) Komplexität ist ein erhöhter Unbestimmtheitsgrad im Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung grundsätzlich mit den bundesgerichtlichen Bestimmtheitsvorgaben und den diesbezüglichen Anforderungen der Doktrin konform. 785

Auch wenn sich der erforderliche Grad der Konkretisierung und damit der zulässige Grad der Unbestimmtheit nicht abstrakt festlegen lassen, hängen sie mit den Rechtsfolgen zusammen, die mit dem (unbestimmten) Begriff verknüpft sind. Je einschneidender die (potenziellen) Rechtsfolgen sind, desto höher muss grundsätzlich der Bestimmtheitsgrad sein. ¹⁵⁹⁴ Da das Grundkonzept als solches keine Rechtsfolgen zeitigt, ¹⁵⁹⁵ ergeben sich zunächst keine Probleme. An einige untergeordnete Konzepte (und damit letztlich an den unbestimmten Kontrollbegriff) sind allerdings – teilweise einschneidende – 786

1591 Alle untersuchten Konzepte qualifizieren als materielles öffentliches Recht (s. dazu oben Rz. 492).

1592 BGE 144 I 126 E. 6.1. S. 138; s. ferner MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 252 FN 666 m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre.

1593 DUBS, Bestimmtheit, 241 ff.; SCHOCH, Methode, 6 ff.; vgl. auch WIEDEMANN, Rechtssicherheit, 214 f.

1594 Vgl. BGE 146 I 70 E. 6.2.2. m.w.H.; DUBS, Bestimmtheit, 241 ff.; GERICKE/KUHN, Offenlegungspflicht, 100 f.; WIEDEMANN, Rechtssicherheit, 211 ff.

1595 Vgl. dazu oben Rz. 497 ff., Rz. 679 f., Rz. 741, Rz. 750 ff.

Rechtsfolgen geknüpft.¹⁵⁹⁶ In diesem Kontext ist also, in Abhängigkeit von der Intensität der (potenziellen) Rechtsfolgen, ein höherer Bestimmtheitsgrad erforderlich. Besonders relevant ist dies naturgemäss dort, wo strafrechtliche Konsequenzen zu gewärtigen sind.¹⁵⁹⁷ Das Bundesgericht lässt jedoch im Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts einen höheren Grad an Unbestimmtheit zu als im übrigen Strafrecht.¹⁵⁹⁸ Das ist gerade im Bereich der wirtschaftlichen Berechtigung als wirtschaftsrechtliche und technische Materie relevant¹⁵⁹⁹ und erlaubt so im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung auch im Strafrecht eine höhere Unbestimmtheit.¹⁶⁰⁰

787 Ein gewisser Grad an Unbestimmtheit ist also zulässig, und es ist unumstritten, dass in manchen Konstellationen kein Weg um unbestimmte Normen herumführt. Das Bundesgericht mahnt jedoch kompensatorische Massnahmen an: «Erweisen sich offene Formulierungen als unverzichtbar, kann es sodann erforderlich sein, die entsprechende Unschärfe des Gesetzestextes durch flankierende Massnahmen zu kompensieren. Dazu können etwa besondere Mechanismen dienen, die Transparenz dazu schaffen, wie die rechtsanwendenden Behörden die Bestimmung verstehen und anzuwenden gedenken, und welche die Normadressaten auf geeignete Weise wahrnehmen können.»¹⁶⁰¹ Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen der Operationalisierung des Grundkonzepts zu prüfen, ob es nicht die Möglichkeit für solche flankierenden Massnahmen gäbe.

788 Die (grund-)konzeptimmanente Unschärfe hält vor dem Hintergrund der zu erfassenden Vielfalt und Komplexität den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit grundsätzlich stand, insb. da mit dem Grundkonzept keine Rechtsfolgen verbunden sind. Ungeachtet dessen sollten – wo möglich – «flankierende Massnahmen» in Betracht gezogen werden. Werden

1596 S. dazu oben Rz. 497 ff.

1597 Entsprechend wird die Thematik auch in Lehre und Rechtsprechung diskutiert: s. etwa BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.7. (= Pra 2014 Nr. 78); BÖCKLI, Aktienrecht 2022, § 3 Rz. 111; GERICKE/KUHN, Offenlegungspflicht, 100 ff.; PIETH-BSK StGB II, Art. 305^{ter} N 16 ff.; WEBER, Anforderungen, *passim*; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 47.

1598 BGE 146 II 217 E. 8.2. S. 248 m.w.H.; BGer 2C_546/2020 vom 18. August 2022 E. 7.1. (nicht publiziert in BGE 148 II 444, aber übersetzt in Pra 2023 Nr. 27).

1599 Vgl. BGer 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.7. (= Pra 2014 Nr. 78); BGer 2C_546/2020 vom 18. August 2022 E. 7.1. (nicht publiziert in BGE 148 II 444, aber übersetzt in Pra 2023 Nr. 27).

1600 KRITISCH FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 105 f., der strafbarkeitsbegründende Typenbegriffe – um einen solchen kann es sich je nach Konstellation beim hier interessierenden Kontrollbegriff handeln – für verfassungswidrig hält.

1601 BGE 136 II 304 E. 7.6. In BGE 125 I 369 E. 6. hat das Gericht – mit Verweis auf die Praxis des EGMR – darauf hingewiesen, dass «[e]ine ständige, reichhaltige und publizierte Gerichtspraxis [...] einen vagen gesetzlichen Begriff genügend präzisieren [können], um seine Anwendung vorhersehbar zu machen».

(nicht unerhebliche)¹⁶⁰² Rechtsfolgen an ein untergeordnetes Konzept geknüpft, insb. solche strafrechtlicher Natur, sind «flankierende Massnahmen» zwingend. Das gilt es im Rahmen der Operationalisierung des Grundkonzepts zu beachten.¹⁶⁰³

2.2.2. Norm mit Durchgangsfunktion im Besonderen

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Subjekt-Objekt-Relation bzw. der Kontrollbegriff (unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise) als ihr Kern eine funktional bedingte planmässige Konturlosigkeit aufweist, um für eine möglichst grosse Vielzahl an Sachverhalten eine Lösung bereithalten zu können.¹⁶⁰⁴ Das erinnert stark an die von MERZ beschriebene Norm mit Durchgangsfunktion: «Norm, die sich selber immer wieder inhaltlos macht und sich nicht auf bestimmte Fragen festlegen läßt, die immer wieder fähig sein muß, die vom Leben in unüberblickbarer Fülle aufgeworfenen Probleme zu meistern und schliesslich in autonomer Gestaltung zu positivieren».¹⁶⁰⁵ Damit weisen der Kontrollbegriff und in der Folge die Subjekt-Objekt-Relation eine – für Generalklauseln charakteristische –¹⁶⁰⁶ Durchgangsfunktion auf.

Die für die Durchgangsfunktion charakteristische planmässige Konturlosigkeit steht offenkundig in einem Spannungsverhältnis zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Norm.¹⁶⁰⁷ Ungeachtet dessen ist in diesem Kontext unbestritten, dass die Unschärfe nicht ein legislativ zu behebender Mangel, sondern funktional bedingt ist und die Aufgabe der Konkretisierung dem Richterrecht zukommt.¹⁶⁰⁸

Mit Blick auf die von MERZ im Zusammenhang mit Art. 2 ZGB beschriebene Durchgangsfunktion ist festzuhalten, dass die Unbestimmtheit des Kontrollbegriffs nicht derart weitgehend ist wie diejenige im Rahmen von Art. 2 ZGB. Die Rechtswissenschaft ist also in der Lage, mit deutlich grösserer Unbestimmtheit in rechtsstaatlich vertretbarer Weise umzugehen. A maiore ad minus muss die Unschärfeproblematik im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung handhabbar sein.

1602 Liegt die Rechtsfolge bspw. in einer blossen Feststellungs- oder Meldepflicht, ist eine erhöhte Unbestimmtheit noch tragbar. Wird die Verletzung dieser Pflicht strafrechtlich geahndet, stellt sich auf Ebene der Strafnorm die Frage nach der Zulässigkeit der Unbestimmtheit.

1603 S. dazu unten Rz. 933 ff.

1604 S. dazu oben Rz. 693 ff.

1605 MERZ, Generalklausel, 344; DERS.-BK ZGB 1962, Art. 2 N 42.

1606 MERZ, Generalklausel, 344; DERS.-BK ZGB 1962, Art. 2 N 42.

1607 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 64.

1608 MERZ, Generalklausel, 344, 365 f.; DERS.-BK ZGB 1962, Art. 2 N 42, N 29 ff.; vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 68, N 25 f, N 55, N 64.

2.2.3. Ergebnis

792 Die Unbestimmtheit der Subjekt-Objekt-Relation lässt sich mit der zu erfassenden Vielfalt und Komplexität von Kontrollsverhalten sachlich begründen und ist deshalb grundsätzlich mit dem Legalitätsprinzip vereinbar. Vorsicht ist geboten, wenn an das jeweilige untergeordnete Konzept Rechtsfolgen geknüpft sind. In diesem Fall sind flankierende Massnahmen erforderlich, insb. wenn Straffolgen drohen. Allerdings lässt das Bundesgericht im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, wozu Strafbestimmungen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung regelmässig gehören dürften, grössere Unbestimmtheit zu als im allgemeinen Strafrecht. Bei der wirtschaftlichen Berechtigung ist also grundsätzlich eine erhöhte Unbestimmtheit zulässig.

793 Mit Blick auf die Durchgangsfunktion, d.h. auf die planmässige Konturlosigkeit, ist festzuhalten, dass die Unbestimmtheit nicht ein Defekt ist, der legislativ korrigiert werden muss. Vielmehr muss ein Umgang damit gefunden werden. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

2.3. Methoden im Umgang mit Unbestimmtheit

794 Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Unbestimmtheit des Kontrollbegriffs und damit der Subjekt-Objekt-Relation funktional bedingt konzeptimmanent und rechtsstaatlich grundsätzlich tragbar ist. Somit muss in einem weiteren Schritt ein praktikabler Umgang mit dieser Unbestimmtheit gefunden werden, der den Funktionen und rechtsdogmatischen Eigenheiten der Subjekt-Objekt-Relation sowie des Grundkonzepts der wirtschaftlichen Berechtigung gerecht wird.

795 Aufgrund der konzeptinhärenten Unbestimmtheit ist der klassische Auslegungskanon nur beschränkt geeignet, Lösungen für das Unbestimmtheitsproblem bereitzustellen; nur gerade das systematische und das teleologische Element vermögen allenfalls Hinweise zu geben.¹⁶⁰⁹ Die planmässige Unbestimmtheit muss mittels Konkretisierung angegangen werden.¹⁶¹⁰

2.3.1. Formale Legaldefinition

796 Eine intuitiv naheliegende Lösung scheint die Festlegung einer absolut klaren Definition des Kontrollbegriffs.¹⁶¹¹ Solche absolute Klarheit ist nur mit einer

1609 S. dazu oben Rz. 668.

1610 RÖTHEL, Normkonkretisierung, 129 ff.; vgl. KAMANABROU, Generalklauseln, 670; ferner HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 64 f.; MERZ-BK ZGB 1962, Art. 2 N 42, N 29 ff.; MÖLLERS, Methodenlehre, § 7 Rz. 1.

1611 Vgl. TRIGO TRINDADE, *Jurisprudence*, 215: «[O]n croit intuitivement en saisir les contours, sans pour autant être en mesure de le définir avec précision».

formalen Definition, also dem Anknüpfen an formale Relationen, vorstellbar. Zu denken ist dabei bspw. an eine bestimmte Beteiligungsquote an einer Körperschaft.

Das erste Problem in diesem Zusammenhang ist naturgemäss die Grenz- 797
ziehung. Der Kontrollbegriff ist graduell vage, womit jegliche Grenzziehung willkürlich ist. Das Sorites-Problem lässt grüssen.¹⁶¹² Eine solch willkürlich schematisierende Grenze müsste, wenn sie denn gezogen werden soll, legislativ festgelegt werden. Die willkürliche Grenzziehung durch die Praxis würde zu viele rechtsstaatliche Probleme auf. Wo sich Erfahrungswerte aus der Rechtspraxis ergeben, könnten diese zur Grenzziehung herangezogen werden. Dieser Rückgriff auf empirisch nachweisbare Lebensrealitäten nähme der Grenzziehung etwas von ihrer Willkür, könnte sie aber nicht gänzlich beseitigen. Es liesse sich immer noch trefflich streiten, und zwar abstrakt wie auch mit Bezug auf einen konkreten Einzelfall, ob – um beim einleitenden Beispiel zu bleiben – die Kontrolle über eine Körperschaft bei einer Beteiligung von (mindestens) 25%, 33% oder 50% anzunehmen sei.¹⁶¹³ Eine Grenzziehung hätte so oder anders das Problem, dass sie die planmässige Unbestimmtheit unterlaufen würde.

Ein zweites Problem dieser Grenzziehung liegt darin, dass sie eine Metri- 798
sierung der Kontrolle voraussetzt. Das ist bei Beteiligungen einfach. Hier kann auf Kapital- und/oder Stimmkraft abgestellt werden. Beides lässt sich ohne Weiteres numerisch bestimmen. Die Kontrolle über eine natürliche Person oder einen Vermögenswert lässt sich demgegenüber nicht metrisieren. Das gilt insb. dann, wenn soziale Phänomene berücksichtigt werden sollen. Diese Kontrollarten sind nicht metrisierbar und müssten deshalb beim Ansatz der formalen Definition bzw. Grenzziehung ausser Betracht fallen, was die Umgehungsverhinderungsfunktion unterlaufen würde.¹⁶¹⁴

Damit ist das letzte und gewichtigste Problem angesprochen, nämlich die 799
Umgehungsverhinderungsfunktion. Es hat sich gezeigt, dass eine (zu) klare bzw. starre Regelung Umgehungen erlauben würde, was im Widerspruch zur Umgehungsverhinderungsfunktion des Grundkonzepts stünde.¹⁶¹⁵ Eine

1612 S. dazu GRUSCHKE, Vagheit, 36 ff. sowie oben Rz. 767.

1613 Tiefere Grenzwerte kennen Art. 7 Abs. 1 VGS mit 5% sowie Art. 72b Abs. 2 VZAE und Art. 15 Abs. 2 VAWG mit je 10%, wobei die letzten beiden Normen es der jeweils zuständigen Stelle erlauben, auch von Personen Unterlagen einzufordern, «deren direkte oder indirekte Beteiligung weniger als 10 Prozent am Kapital oder den Stimmrechten beträgt, wenn [sie] dies als notwendig erachtet.»

1614 Vgl. dazu oben Rz. 779 f.

1615 S. dazu oben Rz. 774 ff.

formale Definition ist also nicht mit dem Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung vereinbar.¹⁶¹⁶

800 Die Konkretisierung der Subjekt-Objekt-Relation durch eine formale Definition muss als grundkonzeptwidrig verworfen werden, da sie insb. der Umgehungsverhinderungsfunktion zuwiderlaufen würde.

2.3.2. *Materielle Legaldefinition*

801 Wie sich gezeigt hat, muss die Definition einen gewissen Grad an Unbestimmtheit aufweisen bzw. zulassen. Das steht einer Legaldefinition nicht per se entgegen. Die Vertikalbetrachtung hat Dutzende solche Ansätze zutage gefördert.¹⁶¹⁷ Die Horizontalbetrachtung hat jedoch aufgezeigt, dass diese Ansätze oft mehr Glasperlenspiel als hilfreiche Konkretisierung sind,¹⁶¹⁸ auch wenn sie im Einzelnen treffend erscheinen mögen.

802 Die Konkretisierung mittels einer materiellen Definition wurde also mannigfach versucht, ohne dass sich dabei einer dieser Ansätze als optimale oder zwingende Lösung herausgestellt hätte. Sie kranken allesamt daran, dass es sich um mehr oder weniger klare, letztlich aber dilatorische Formelkompromisse handelt.¹⁶¹⁹ Es wäre anmassend zu glauben, diese Untersuchung könnte leisten, was die gesamte Lehre bisher nicht zu leisten vermochte: eine klare, materielle Definition zu entwerfen.

803 Die Konkretisierung mittels einer materiellen Definition mündet immer in einem mehr oder weniger diffusen dilatorischen Formelkompromiss, der die definitorischen Schwierigkeiten auf die Rechtsanwendung verschiebt. Dieser Ansatz ist also nicht erfolgversprechend.

2.3.3. *Typen- bzw. Fallgruppenbildung*

804 Die Untersuchung hat gezeigt, dass sowohl die klassische Auslegung¹⁶²⁰ als auch definitionsbasierte Ansätze nicht geeignet sind, mit der konzeptimmanenten Unschärfe und der Umgehungsverhinderungsfunktion umzugehen. Es bedarf also eines anderen Ansatzes, der die rechtsdogmatischen Charakteristika des Kontrollbegriffs berücksichtigt und zum Ausgangspunkt der Konkretisierung macht.

1616 Im Ergebnis ebenso VAN DER DOES DE WILLEBOIS ET AL., Puppert, 29. Konsequenz ist deshalb die Ansicht, dass es sich bei der wirtschaftlichen Berechtigung des Kontrollinhabers i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG um eine Fiktion handelt (s. dazu oben Rz. 348).

1617 Weitere Beispiele bei MATTHEY-CR LBA, Art. 4 N 13 ff.

1618 S. dazu oben Rz. 481, Rz. 549; s. ferner unten Rz. 900 ff.

1619 S. dazu oben Rz. 631.

1620 S. dazu oben Rz. 795.

Beim Kontrollbegriff handelt es sich um einen unbestimmten normativen Begriff. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen erfolgt die Konkretisierung durch Fallgruppenbildung.¹⁶²¹ Gemäss der traditionellen Ansicht ist die Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs *modo legislatoris* vorzunehmen.¹⁶²² Bei diesem Vorgehen wird – insb. vor dem Hintergrund der Umgehungsverhinderungsfunktion¹⁶²³ und der damit verbundenen funktional bedingten Unschärfe¹⁶²⁴ – die Unmöglichkeit der klaren Definition zutage treten, sodass auch die Konkretisierung *modo legislatoris* zur Fallgruppenbildung führen muss.¹⁶²⁵ Würde aufgrund der grossen Unbestimmtheit bzw. Wertungsbedürftigkeit des Kontrollbegriffs von einer Generalklausel ausgegangen,¹⁶²⁶ so erfolgte die Konkretisierung ebenfalls durch Fallgruppenbildung.¹⁶²⁷ Auch die Durchgangsfunktion¹⁶²⁸ verlangt eine Fallgruppenbildung.¹⁶²⁹ Aus der Qualifikation als Typusbegriff ergibt sich die Notwendigkeit zur Typenbildung. Damit ist nichts anderes gefordert als das «Denken in ‹typischen› Fallgruppen».¹⁶³⁰ Im Ergebnis unterscheidet sich die Typenbildung nicht von der Fallgruppenbildung.¹⁶³¹ Ungeachtet seiner genauen Qualifikation erfordert die Natur des Kontrollbegriffs also eine Konkretisierung durch Fallgruppenbildung.

1621 WANK, Methodenlehre, § 13 Rz. 17; vgl. ferner KAMANABROU, Generalklauseln, 670 ff.; MÖLLERS, Methodenlehre, § 8 Rz. 26; a.M. MANNHART, Freiheit, 416, die von Auslegung ausgeht, aber letztlich dennoch eine Art Fallgruppenbildung vorzunehmen scheint: «Diese Auslegung ist verallgemeinerungsfähig und gilt für alle ähnlich gelagerten künftigen Fälle gleichermaßen» (a.a.O., 419); einen Mittelweg scheinen EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 367 zu beschreiten, die eine «regelhaft[er...] Konkretisierung der Norm statt bloss [...] Anwendung im Einzelfall» fordern (s. auch a.a.O., Art. 1 N 445); ähnlich HRUBESCH-MILLAUER-BK ZGB 2012, Art. 4 N 137, N 143.

1622 Anstelle vieler HAUSHEER/JAUN-SHK ZGB, Art. 1 N 119.

1623 S. dazu oben Rz. 693 ff.

1624 S. dazu oben Rz. 761 ff.

1625 MANNHART, Freiheit, 420 erwähnt ausdrücklich die Möglichkeit der Fallgruppenbildung bei der Konkretisierung *modo legislatoris*; s. dazu auch EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 436.

1626 Vgl. dazu oben Rz. 789, ferner Rz. 163.

1627 KAMANABROU, Generalklauseln, 672 ff.; MÖLLERS, Methodenlehre, § 8 Rz. 26 ff.; OHLY, Generalklausel, 40; SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz. 825; WANK, Methodenlehre, § 3 Rz. 54; WEBER, Konkretisierung, *passim*.

1628 S. dazu oben Rz. 789 ff.

1629 Vgl. MERZ, Generalklausel, 344; DERS.-BK ZGB 1962, Art. 2 N 42; ferner EMMENEGGER/TSCHENTSCHER-BK ZGB 2012, Art. 1 N 436; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 68.

1630 RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 930; ähnlich WANK, Begriffsbildung, 127.

1631 Gemäss WEBER, Konkretisierung, 533 besteht der Unterschied (nur) darin, dass die Fallgruppenmethode die Vielfalt der Einzelfälle in den Vordergrund rückt, während der Typus den zugrundeliegenden Rechtsgedanken betont.

- 806 Fallgruppen sind idealtypische Konstellationen, die dem Rechtsanwender in ähnlich oder gleich gelagerten Fällen den Weg weisen und so zu Regeln mit gesetzesähnlicher Wirkung kondensieren.¹⁶³² Die Auswahl und Umgrenzung dieser Konstellationen, d.h. der Fallgruppen, geschieht nicht nur vor dem Hintergrund tatsächlicher Erscheinungen, sondern insb. auch durch den Normzweck.¹⁶³³ Insofern weist die Fallgruppe ein normatives und ein empirisches Moment auf.
- 807 Da die Fallgruppenbildung Konkretisierung und nicht blosser Auslegung ist,¹⁶³⁴ wird sie als Akt der Normsetzung betrachtet.¹⁶³⁵ Daraus erhellt, weshalb sich Lehre und Praxis derart schwer tun mit der Auslegung der diversen untergeordneten Konzepte. Die deduktive Suche nach dem normativen Gehalt (der untergeordneten Konzepte) bereitet der Praxis Schwierigkeiten, weil sie rechtsdogmatisch ausgeschlossen ist; gefordert ist nämlich (schöpferisch-konkretisierende) Fallgruppenbildung.¹⁶³⁶ Wo bereits eine reiche Praxis vorhanden ist, kann sich die Fallgruppenbildung auch induktiv aus ebendieser Praxis ergeben.¹⁶³⁷
- 808 Auch unter der Annahme, dass die Fallgruppen als blosser Abbildungen idealtypischer Konstellationen nicht rechtsverbindlich seien,¹⁶³⁸ bliebe es dabei, dass sie nicht durch Auslegung gewonnen werden könnten. Ausserdem wäre ihnen zumindest eine gewisse faktische Bindungswirkung zuzugestehen.¹⁶³⁹
- 809 Die Fallgruppenbildung bringt im Übrigen keine Reduktion der grundkonzeptimmanenten Unschärfe mit sich,¹⁶⁴⁰ denn die Fallgruppen sind Teil des beweglichen Systems des Typus; sie fixieren den normativen Gehalt nicht

1632 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 68; vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 930; WEBER, Konkretisierung, 528.

1633 LARENZ, Methodenlehre, 465; vgl. auch ENGISCH, Einführung, 158 FN 6; KAMANABROU, Generalklauseln, 675 will sich von den gesetzlichen Wertungskriterien leiten lassen, die durch Auslegung zu ermitteln seien. Aufgrund der Dominanz des Zweckelements (s. dazu oben Rz. 666 ff.) läuft das im Ergebnis auch auf eine Ausrichtung auf den Normzweck hinaus.

1634 S. dazu oben Rz. 795.

1635 FISCHELS, Arbeitnehmerbegriff, 67; RÖTHEL, Normkonkretisierung, 130 ff.; vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 930 ff.; differenzierend WANK, Methodenlehre, § 13 Rz. 18.

1636 Mit einem vergleichbaren Gedanken zur Generalklausel: OHLY, Generalklausel, 9 f.

1637 Vgl. WEBER, Konkretisierung, 527 f.; ferner KAMANABROU, Generalklauseln, 673 ff.

1638 KAMANABROU, Generalklauseln, 674; WEBER, Konkretisierung, 544.

1639 WEBER, Konkretisierung, 544 f.

1640 WEBER, Konkretisierung, 559 f.

absolut.¹⁶⁴¹ Sie bilden aber handhabbare Grundlinien für die Rechtsanwendung und tragen so zur Rechtssicherheit bei.

Aufgrund der Rechtsnatur des Kontrollbegriffs muss dessen Unschärfe 810 mittels Fallgruppenbildung handhabbar gemacht werden. Erforderlich ist also die Beschreibung typischer, mit Blick auf den Normzweck zu erfassender Sachverhalte, die vom wirtschaftlichen Gehalt her die erforderliche Kontrolle begründen.

2.3.4. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass definitorische Ansätze ungeachtet ihrer (Un-)Bestimmtheit keinen rechtsdogmatisch haltbaren und grundkonzeptkonformen Umgang mit der konzeptinhärenten Unschärfe ermöglichen. Vielmehr muss dieser Unschärfe mittels Fallgruppenbildung begegnet werden. 811

Dieser Befund ist insofern stimmig, als bei Typenbegriffen, und um einen solchen handelt es sich beim Kontrollbegriff,¹⁶⁴² keine vollständige Definition möglich ist. Es können lediglich leitende Gesichtspunkte und charakteristische Züge umschrieben werden.¹⁶⁴³ Das erklärt die Schwierigkeiten, die Praxis und Lehre damit haben, die untergeordneten Konzepte zu definieren. 812

2.4. Ergebnis

Der Kontrollbegriff als Kernelement der Subjekt-Objekt-Relation weist eine konzeptinhärente und funktional bedingte normative Unschärfe auf. Daraus erhellt, dass sich diese Unschärfe nicht beseitigen lässt, ohne dass ein zentraler Aspekt des Grundkonzepts entfiele. Es muss also zwangsläufig ein Umgang damit gefunden werden. Das Problem ist, dass jede scharfe Konturierung des Begriffs zu einer Limitierung desselben führt. Diese wiederum führt zu Grenzen, die genutzt werden können, um die Zwecksetzung des (Grund-)Konzepts zu umgehen. 813

Die Unschärfe ist für sich genommen rechtlich unproblematisch. Sie ist handhabbar und nicht grösser als die Unschärfe anderer – breit akzeptierter – Konzepte. Heikel ist jedoch die Anknüpfung einschneidender Rechtsfolgen. Hier bedarf es flankierender Massnahmen. 814

Im Umgang mit der Unschärfe des Kontrollbegriffs erweist sich die Suche nach einer klassischen Definition sowohl funktional wie rechtsdogmatisch nicht als gangbarer Weg. Vielmehr bedarf es einer zweckorientierten Fallgruppenbildung. Nur so lassen sich den Rechtsanwendern Leitlinien im Umgang 815

1641 Vgl. KAMANABROU, Generalklauseln, 674; ferner WANK, Methodenlehre, § 13 Rz. 17.

1642 S. dazu oben Rz. 770 ff.

1643 LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 95.

mit dem (Grund-)Konzept zur Verfügung stellen, ohne dass die durch die Umgehungsverhinderungsfunktion erforderliche Flexibilität aufgegeben werden muss. Im Übrigen kann die Fallgruppenbildung als eine flankierende Massnahme dienen, die vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Bestimmtheitsanforderungen notwendig sein kann.

816 Es hat sich gezeigt, dass die Unbestimmtheit dogmatisch begründet, funktional erforderlich und rechtsstaatlich zulässig ist. Die Operationalisierung des Grundkonzepts hat sich an diesen Charakteristika zu orientieren und damit die Unschärfe als zentralen rechtsdogmatischen Aspekt zu rezipieren. Im Ergebnis ergibt sich daraus die Notwendigkeit der zweck- und funktionsorientierten Konkretisierung durch Fallgruppen.

817 Zum Schluss sind noch einige Bemerkungen zum Verhältnis der Unschärfe des Kontrollbegriffs zum Grundkonzept als solchem zu machen. Auch wenn die Unschärfe nur einem Strukturelement – der Subjekt-Objekt-Relation bzw. einem Teil davon, dem Kontrollbegriff – inhärent ist, betrifft sie das Grundkonzept als Ganzes. Das Grundkonzept weist drei Strukturelemente auf, diese bilden aber in ihrer Gesamtheit eine funktionale Einheit.¹⁶⁴⁴ Das Grundkonzept ist also nicht ohne eines dieser Elemente denkbar und es bestehen Interdependenzen zwischen diesen Strukturelementen.¹⁶⁴⁵ Weist nur ein Strukturelement eine normative Unschärfe auf, ist das Ergebnis der Zuordnungsfunktion (wirtschaftliche Berechtigung gegeben oder nicht) logischerweise durch diese Unschärfe geprägt. Das gilt umso mehr, als der Kontrollbegriff für die Zuordnungsfunktion absolut zentral ist.¹⁶⁴⁶ Wenn also von der Unschärfe des Kontrollbegriffs die Rede ist, betrifft dies im Ergebnis das Grundkonzept, aber nur als Folge der Unschärfe eines Strukturelements. Die beiden anderen Elemente beinhalten keine inhärente Unschärfe (womit nicht gesagt ist, dass sie im Einzelfall nicht auch unscharf sein können).

III. Die Rechtsnatur des Grundkonzepts

818 Nach der vorangegangenen Ausdifferenzierung des Grundkonzepts stellt sich nun gesamtheitlicher die Frage nach der Rechtsnatur ebendieses Grundkonzepts bzw. nach seiner Einordnung in das juristische Instrumentarium. Bis anhin wurde das Untersuchungsobjekt schlicht als Grundkonzept bezeichnet, ohne dass damit eine bestimmte Verortung innerhalb des juristischen

1644 S. dazu unten Rz. 830 ff.

1645 S. dazu oben Rz. 522 f., Rz. 596 ff. sowie unten Rz. 830 ff.

1646 S. dazu oben Rz. 758.

Instrumentariums verbunden gewesen wäre. Nebst dieser Einordnung ist nachfolgend auf weitere Charakteristika des Grundkonzepts sowie auf dessen Bezeichnung einzugehen.

A. Die Verortung im juristischen Instrumentarium

In Ermangelung eines einheitlichen Verständnisses und einer einheitlichen Terminologie im Bereich des juristischen Instrumentariums¹⁶⁴⁷ muss zwangsläufig einer bestimmten Meinung der Vorzug gegeben werden. Die folgenden Ausführungen orientieren sich an der Einteilung von BUMKE. Diese fundierte Einteilung umfasst das gesamte Spektrum des juristischen Instrumentariums (während sich andere meist auf einzelne Aspekte beschränken) und beschäftigt sich deshalb insb. auch mit den Abgrenzungen der einzelnen Instrumente. Damit eignet sich die Einteilung BUMKES in besonderem Masse für die nachfolgende Einordnung. BUMKE unterscheidet Rechtsprinzipien, Rechtsinstitute, rechtsdogmatische Figuren, juristische Theorien, Typen, Leitbilder und juristische Begriffe.¹⁶⁴⁸ 819

1. Rechtsprinzipien, Rechtsinstitute, juristische Theorien etc.

Rechtsprinzipien beschreiben «normativ verbindliche, gebietsübergreifende Rechtsgedanken», wie etwa die Privatautonomie im Vertragsrecht.¹⁶⁴⁹ Dem Grundkonzept (als solchem) fehlt die normative Verbindlichkeit, sodass es sich nicht um ein Rechtsprinzip handelt. 820

Das Rechtsinstitut ist ein sachlich zusammenhängender Normkomplex, der von einem gemeinsamen Zweck getragen wird, wie das Eigentum oder die Verjährung.¹⁶⁵⁰ Beim Grundkonzept handelt es sich nicht um einen Normkomplex, sondern um ein aus verschiedenen Normen induktiv gewonnenes Konzept, womit kein Rechtsinstitut vorliegt. 821

Der Theorienbegriff ähnelt dem des Rechtsinstituts,¹⁶⁵¹ doch gibt es unterschiedliche Bedeutungen der juristischen Theorie,¹⁶⁵² sodass sie wenig greifbar ist. Ob es sich beim Grundkonzept um eine juristische Theorie handelt, muss vor diesem Hintergrund offenbleiben. Aufgrund der Ähnlichkeit der juristischen Theorie mit dem nicht einschlägigen Rechtsinstitut ist aber eher davon auszugehen, dass es sich nicht um eine juristische Theorie handelt. 822

1647 BUMKE, Rechtsdogmatik, 138.

1648 BUMKE, Rechtsdogmatik, 138 ff.

1649 BUMKE, Rechtsdogmatik, 139.

1650 BUMKE, Rechtsdogmatik, 139.

1651 BUMKE, Rechtsdogmatik, 141.

1652 Vgl. BUMKE, Rechtsdogmatik, 140 ff.

- 823 Der Typus umfasst normative Phänomene, die «charakteristische Familienähnlichkeiten» aufweisen, wie etwa bestimmte Vertrags- oder Staatstypen.¹⁶⁵³ Das trifft auf das Grundkonzept *prima vista* zu. Die Familienähnlichkeit der unter dem Grundkonzept zusammengefassten untergeordneten Konzepte ist jedoch ein Artefakt der Untersuchungsmethode, die es von Anfang an darauf anlegt, ähnliche Phänomene zu erfassen. Diese Ähnlichkeit nun als Begründung für den Typencharakter heranzuziehen, wäre zirkulär. Das andere Charakteristikum des Typus, die Funktion als Idealbild, fehlt dem Grundkonzept. Es ist nicht Idealbild, sondern Abbild der untergeordneten Konzepte; die untergeordneten Konzepte orientieren sich nicht am Grundkonzept, sondern das Grundkonzept orientiert sich an den untergeordneten Konzepten. Auch wenn das Grundkonzept kein Typus ist, bedient es sich eines Typenbegriffs.
- 824 Das Leitbild ist eine Ordnungsvorstellung, die legislativen Niederschlag gefunden hat, ohne unmittelbare Rechtswirkungen zu entfalten. Zu denken ist etwa an den «schlanken Staat».¹⁶⁵⁴ Das Grundkonzept ist – wie erwähnt – kein Leit- oder Idealbild, sondern ein Abbild.
- 825 Der juristische Begriff wiederum ist schwer fassbar und kann sich mit diversen der vorgenannten Instrumente überschneiden.¹⁶⁵⁵ Auf eine abschliessende Bewertung wird deshalb hier verzichtet.
- 826 Nach einer kurzen Prüfung dieser juristischen Instrumente bleibt noch die rechtsdogmatische Figur, die auf den ersten Blick passend scheint. Darauf ist näher einzugehen.

2. Die rechtsdogmatische Figur

- 827 Die rechtsdogmatische Figur erfasst normative Phänomene, die sich auf eine gemeinsame Grundstruktur zurückführen lassen und für die sich gemeinsame Regeln für den Umgang mit ihnen entwickeln lassen.¹⁶⁵⁶ Zu denken ist etwa an den Grundrechtsvorbehalt¹⁶⁵⁷, das wohlerworbene Recht¹⁶⁵⁸ oder die Mittäterschaft^{1659, 1660}

1653 BUMKE, Rechtsdogmatik, 143; s. dazu auch oben Rz. 770 ff., Rz. 804 ff.

1654 BUMKE, Rechtsdogmatik, 144.

1655 BUMKE, Rechtsdogmatik, 144 sowie ferner 198 ff.

1656 BUMKE, Rechtsdogmatik, 139; weniger deutlich BORS, Rechtsfigur, 239, der von einer abstrakten Denkform ausgeht (was für das Grundkonzept zutrifft; vgl. dazu oben Rz. 646 ff.), die in zahlreichen dogmatischen Kontexten verwendbar sei.

1657 BUMKE, Rechtsdogmatik, 139.

1658 Vgl. etwa BGE 145 II 140 E. 5.2. S. 149.

1659 Vgl. etwa BGE 143 IV 361 E. 4.10.

1660 Weitere Beispiele bei BORS, Rechtsfigur, 231 ff.

Nachfolgend ist also zu prüfen, ob das Grundkonzept der wirtschaftlichen 828
Berechtigung die für eine rechtsdogmatische Figur erforderliche gemeinsame
Grundstruktur aufweist und ob sich einheitliche Regeln für den Umgang mit
den verschiedenen durch die Figur erfassten normativen Phänomene (den
untergeordneten Konzepten) finden lassen.

2.1. Die gemeinsame Grundstruktur

Die Untersuchung hat aufgezeigt, dass allen untergeordneten Konzepten 829
eine gemeinsame Struktur zugrunde liegt.¹⁶⁶¹ Damit ist das Grundkonzept
als Rückführung verschiedener normativer Phänomene – der untergeordne-
ten Konzepte – auf eine gemeinsame Grundstruktur zu betrachten.¹⁶⁶²

2.2. Das Grundkonzept als funktionale Einheit

Die verschiedenen Aspekte und Elemente des Grundkonzepts stehen nicht 830
isoliert und zusammenhangslos nebeneinander. Vielmehr sind sie voneinan-
der abhängig und funktional verbunden.¹⁶⁶³

Zunächst einmal weisen die Strukturelemente des Grundkonzepts, also 831
Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation – schon rein begrifflich und lo-
gisch –, Interdependenzen auf.¹⁶⁶⁴ Auch die Funktionen des Grundkonzepts
sind auf verschiedene Arten miteinander verknüpft.¹⁶⁶⁵ Darüber hinaus gibt
es Verknüpfungen zwischen dem Strukturelement der Subjekt-Objekt-Rela-
tion bzw. dessen Bestandteilen – Kontrollbegriff und wirtschaftliche Be-
trachtungsweise – und verschiedenen Grundkonzeptfunktionen und -cha-
rakteristika. So hängt etwa die wirtschaftliche Betrachtungsweise mit der
Transparenz- sowie der Umgehungsverhinderungsfunktion und der gesteig-
erten Zweckrelevanz zusammen.¹⁶⁶⁶ Des Weiteren ist die Unschärfe des
Kontrollbegriffs mit der Umgehungsverhinderungsfunktion verknüpft.¹⁶⁶⁷
Die für die Umgehungsverhinderungsfunktion erforderliche Flexibilität wie-
derum wird durch die typenlogische Natur des Kontrollbegriffs sicherge-
stellt,¹⁶⁶⁸ wobei die Typenlogik ihrerseits einen Zusammenhang mit der ge-
steigerten Zweckrelevanz hat.¹⁶⁶⁹ Damit sind nicht alle konzeptimmanenten

1661 S. dazu oben Rz. 625.

1662 S. dazu oben Rz. 662.

1663 S. dazu oben Rz. 522f., Rz. 596ff.

1664 S. dazu oben Rz. 522f.

1665 S. dazu oben Rz. 712ff.

1666 S. dazu oben Rz. 483ff. sowie ferner Rz. 673ff.

1667 S. dazu oben Rz. 781ff.

1668 S. dazu oben Rz. 783.

1669 S. dazu oben Rz. 806.

Verknüpfungen und Interdependenzen aufgezählt, doch es zeigt sich bereits, dass es eine Vielzahl enger struktureller und funktionaler Zusammenhänge gibt.

- 832 Die verschiedenen Strukturelemente und Funktionen des Grundkonzepts ergänzen, begründen und bedingen sich also gegenseitig. Sie bilden nicht bloss eine unzusammenhängende und zufällige Ansammlung von Eigenschaften, sondern eine funktionale Einheit. Was ist die Bedeutung dieser funktionalen Vernetzung für die Qualifikation des Grundkonzepts als dogmatische Figur? Diese funktionale Verflechtung und Geschlossenheit ermöglicht es, gemeinsame Regeln für den Umgang mit den diversen untergeordneten Konzepten zu entwickeln,¹⁶⁷⁰ da es sich um einen einzigen Funktionskomplex handelt. Damit ist die zweite Voraussetzung der rechtsdogmatischen Figur erfüllt; die Möglichkeit der Entwicklung gemeinsamer Regeln für die verschiedenen von der Figur erfassten normativen Phänomene.

3. Das Grundkonzept als rechtsdogmatische Figur

- 833 Beim Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung handelt es sich nach dem Gesagten um eine rechtsdogmatische Figur.¹⁶⁷¹ Damit ist nicht gemeint, dass der normative Gehalt aller davon erfassten normativen Phänomene – also der untergeordneten Konzepte – derselbe ist. Die (Qualifikation als) Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung bedeutet nur, aber immerhin, dass es eine gemeinsame Grundstruktur und gemeinsame Regeln gibt.

B. Zur Bezeichnung «wirtschaftliche Berechtigung»

- 834 Nachdem feststeht, dass es sich beim Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung um eine rechtsdogmatische Figur handelt, ist auf die Bezeichnung dieser Figur einzugehen. Bis anhin wurde sie mit der Bezeichnung «wirtschaftliche Berechtigung» titulierte. Darauf ist näher einzugehen, insb. im Wissen darum, dass dies zugleich die Bezeichnung für verschiedene untergeordnete Konzepte ist.
- 835 Die Bezeichnung besteht aus zwei Bestandteilen, nämlich dem Substantiv «Berechtigung» als Bedeutungskern sowie dem Adjektiv «wirtschaftlich». Auf diese beiden Bestandteile ist zunächst je einzeln einzugehen.

¹⁶⁷⁰ S. dazu unten §18.

¹⁶⁷¹ Einige Gerichte und Autoren gingen – jeweils ohne Begründung – bereits davon aus, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um eine Rechtsfigur handelt: KGer GR ZK21858 vom 5. Dezember 2019 E. 12.2.; HGer ZHHG150280-O vom 8. Dezember 2017 E. 1.3.4.; KISTLER, Meldepflicht, 18f; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 178; NOBEL, Aktiengesellschaft, 492.

Der Begriff der Berechtigung bezeichnet ein (subjektives) Recht bzw. eine (rechtliche) Befugnis. Die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung beinhaltet keine Rechtsposition¹⁶⁷² und setzt keine solche voraus.¹⁶⁷³ Der Begriff der Berechtigung ist also unpassend und irreführend.¹⁶⁷⁴ Immerhin deutet er – zu Recht – eine Relation zwischen einem Subjekt und einem Objekt an (nur eben – zu Unrecht – eine zwischen einem Rechtssubjekt und einem Rechtsobjekt), womit die drei Strukturelemente Subjekt, Objekt und insb. ihre Relation durchschimmern. Die Verwendung des Begriffs «Berechtigung» lässt sich vielleicht rechtshistorisch erklären. Jedenfalls ist es so, dass bei diversen untergeordneten Konzepten früher eine rechtlich abgesicherte Subjekt-Objekt-Relation vorausgesetzt wurde.¹⁶⁷⁵ Wie dem auch sein mag, steht im Zentrum der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung¹⁶⁷⁶ und der untergeordneten Konzepte¹⁶⁷⁷ jeweils eine Kontrollbeziehung und nicht eine (wie auch immer geartete) Berechtigung.

Der Begriff der Berechtigung wird durch das Adjektiv «wirtschaftlich» beschrieben. Die durch den Begriff der Berechtigung insinuierte Relation – bei richtiger Betrachtung eine Kontrollbeziehung – sollte also wirtschaftlicher Natur sein. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die massgebliche Relation nicht zwingend wirtschaftlicher Natur sein muss. Es können bspw. soziale Phänomene wie Familienbande relevant sein.¹⁶⁷⁸ Auch muss das zuzuordnende Objekt nicht zwingend werthaltig sein. Es ist immerhin festzuhalten, dass das Objekt – wenn es nicht selbst werthaltig ist – i.d.R. einen Bezug zu einem Vermögenswert hat.¹⁶⁷⁹ Insofern hat die Relation eine ökonomische Bedeutung, auch wenn sie selbst nicht unmittelbar wirtschaftlicher Natur sein muss. Des Weiteren kann der Begriff als Andeutung der Relevanz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise verstanden werden, was durchaus sachgerecht wäre. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Berechtigung zwar nicht eine wirtschaftliche sein muss, jedoch grundsätzlich eine wirtschaftliche Bedeutung hat und ihr Vorliegen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise geprüft wird. Vor diesem Hintergrund ist das Adjektiv «wirtschaftlich» als Beschreibung der Berechtigung, d.h. des Kernelements des Begriffs der

1672 S. dazu oben Rz. 741.

1673 Vgl. dazu oben Rz. 758.

1674 Vgl. dazu auch REINHARD-DEROO, BO, 23.

1675 S. dazu oben Rz. 560.

1676 S. dazu oben Rz. 760.

1677 S. dazu oben Rz. 580.

1678 Vgl. dazu oben Rz. 758, Rz. 555 ff., Rz. 580.

1679 Vgl. dazu oben Rz. 539 ff.

wirtschaftlichen Berechtigung, zwar nicht absolut präzise, geht aber nicht völlig an der Sache vorbei.¹⁶⁸⁰

- 838 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Begriff der «Berechtigung» den Kern der Rechtsfigur nicht trifft und den Rest – Subjekt und Objekt – nur impliziert. Die adjektivische Beschreibung als «wirtschaftlich» ist zwar nicht gänzlich falsch, aber unpräzise. Die Bezeichnung «wirtschaftliche Berechtigung» trifft also den Gehalt der Rechtsfigur nicht bzw. impliziert gar einen anderen (falschen) Gehalt, womit sie als Bezeichnung für die hier interessierende Rechtsfigur ungeeignet ist.¹⁶⁸¹ Diese Schlussfolgerung trifft aus den hier genannten Gründen grundsätzlich auch auf die so bezeichneten untergeordneten Konzepte zu. Geeigneter wäre eine Bezeichnung wie «faktische Kontrollinhaberschaft». Letztlich kann offenbleiben, welche Bezeichnung für die Rechtsfigur am besten geeignet wäre, denn die Bezeichnung «wirtschaftliche Berechtigung» hat sich durchgesetzt, sodass es sich um ein schier aussichtsloses Unterfangen handelte, diesen bestehenden Begriff ändern zu wollen.¹⁶⁸²

C. Weitere Charakteristika

- 839 Die Struktur der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung wurde im Rahmen dieses Paragraphen bereits einlässlich beschrieben. Im Folgenden sollen zwei noch nicht untersuchte, jedoch interessante und teilweise in Lehre und Rechtsprechung angeschnittene Themen diskutiert werden, die rechtsdogmatische Charakteristika der wirtschaftlichen Berechtigung betreffen.

1. Rechts- oder Tatfrage

- 840 In der Rechtsanwendung ist die Frage, ob eine Tat- oder Rechtsfrage vorliegt, von eminenter Wichtigkeit,¹⁶⁸³ weshalb sie hier geklärt werden soll. Das Bundesgericht hatte mehrfach mit der Frage zu tun, ob es sich bei der wirtschaftlichen Berechtigung (im Sinne eines der untergeordneten Konzepte) um eine Rechts- oder Tatfrage handelt.¹⁶⁸⁴ Leider hat es im internationalsteuerrecht-

1680 Ungeachtet dessen ist fraglich, ob im Begriff der wirtschaftlichen *Berechtigung* nicht eine *contradictio in adiecto* zu erblicken ist.

1681 Auch auf Stufe der untergeordneten Konzepte herrscht wenig begriffliche Präzision und die Bezeichnungen hängen kaum mit dem normativen Gehalt der jeweiligen untergeordneten Konzepte zusammen (s. dazu oben Rz. 584).

1682 REINHARD-DEROO, BO, 23 dazu treffend: «Once a term is established in the legal world: to replace it would be harder than to push toothpaste back in the tube.»

1683 MEYER, Tatfrage, 211f.

1684 BGer 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.; ferner BGer 4A_412/2016 vom 21. November 2016 E. 3.2.; BGer 4P.102/2006 vom 29. August 2006 E. 4.2.

lichen Entscheid, in dem es sich in der Sache mit der Frage auseinandersetzen musste, gleich kapitulierte: «Da sich Rechts- und Tatfragen beim Begriff der Nutzungsberechtigung kaum auseinanderhalten lassen, wird die Würdigung der Vorinstanz nachfolgend gesamthaft überprüft». ¹⁶⁸⁵ In zwei internationalen Schiedsfällen ging das Bundesgericht dagegen ohne jegliche Einlassung von Tatfragen aus. ¹⁶⁸⁶ Vor diesem Hintergrund kann die Frage nicht als höchstrichterlich entschieden betrachtet werden und bedarf der Klärung.

Dazu ist zunächst zu bestimmen, was Tatsachen und was Rechtsfragen ⁸⁴¹ sind. «Tatsachen sind konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände der Aussenwelt (äussere Tatsachen) oder der menschlichen Innenwelt (innere Tatsachen)». ¹⁶⁸⁷ Demgegenüber beschlägt die Rechtsfrage «die *rechtliche Würdigung* der Tatsachen, das heisst die Rechtsanwendung gestützt auf die festgestellten Tatsachen.» ¹⁶⁸⁸ Damit sind insb. die Auslegung, die Subsumtion und die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe Rechtsfragen. ¹⁶⁸⁹

Bezogen auf die Subjekt-Objekt-Relation bedeutet das, dass die Kontrollbeziehung als Phänomen der Wirklichkeit eine äussere ¹⁶⁹⁰ Tatsache ist, und ⁸⁴² zwar ungeachtet dessen, ob sie sozialer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur ist. Letzteres mag vielleicht zunächst erstaunen. Da aber das Vorliegen der Kontrollbeziehung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu prüfen ist, kommt es auf die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Relation nicht an. Entscheidend sind die effektiven Wirkungen der (rechtlichen) Relation, womit sich eine rechtliche Würdigung erübrigt oder höchstens vorfrageweise in rechtstatsächlicher Hinsicht interessiert. Nachdem die Existenz einer Kontrollbeziehung festgestellt wurde, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob diese Relation die massgebliche qualitative Schwelle, d.h. die normativ geforderte Kontrollintensität (bspw. letztverbindliche Kontrolle), erreicht bzw. überschreitet. Dieser zweite Schritt beinhaltet eine rechtliche Würdigung der

1685 BGer 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.

1686 So führte das Gericht in BGer 4P.102/2006 vom 29. August 2006 E. 4.2. aus: «Das Schiedsgericht hielt aufgrund der damaligen Beweislage die wirtschaftliche Berechtigung [...] für bewiesen». Auch in BGer 4A_412/2016 vom 21. November 2016 E. 3.2. erwähnte es ohne weiteren Kommentar «die vom Schiedsgericht als erheblich erachtete Tatsache der wirtschaftlichen Berechtigung».

1687 WALTER-BK ZGB 2012, Art. 8 N 88; ebenso HASENBÖHLER-Komm. ZPO, Art. 50 N 7 ff.; vgl. auch DORMANN-BSK BGG, Art. 105 N 34a.

1688 DORMANN-BSK BGG, Art. 105 N 32 [Hervorhebung im Original].

1689 DORMANN-BSK BGG, Art. 105 N 35a; MEYER, Tatfrage, 214.

1690 Die bei einigen untergeordneten Konzepten erforderlichen subjektiven Elemente (s. dazu oben Rz. 573 ff.) wie Wissen oder Wollen sind als innere Tatsachen ebenfalls Tatfragen (vgl. HASENBÖHLER-Komm. ZPO, Art. 50 N 8; WALTER-BK ZGB 2012, Art. 8 N 95).

zuvor festgestellten Kontrollbeziehung.¹⁶⁹¹ Es handelt sich also um eine Rechtsfrage. In diesem Kontext ist die konkrete rechtliche Ausgestaltung einer (rechtlichen) Kontrollbeziehung nicht mehr irrelevant, da diese nun auf ihre Intensität geprüft werden muss, was eine rechtliche Würdigung erforderlich machen kann.

843 In Bezug auf die Subjekt-Objekt-Relation ist also zunächst die Tatfrage nach der Kontrollbeziehung zu beantworten, um diese Beziehung anschliessend in rechtlicher Würdigung daraufhin zu prüfen, ob sie die erforderliche Intensität aufweist. Bei der zur Konkretisierung erforderlichen Fallgruppenbildung handelt es sich um eine Rechtsfrage.¹⁶⁹²

844 Betreffend das Subjekt und das Objekt gibt es keine besonderen Probleme bei der Unterscheidung in Tat- und Rechtsfragen.

2. Durchbrechung des Privatrechts?

845 In der Lehre wird z.T. angemerkt, dass die wirtschaftliche Berechtigung eine Abweichung vom Privatrecht mit sich bringe, ihm fremd oder gar «an sich systemwidrig»¹⁶⁹³ sei.¹⁶⁹⁴ Zunächst ist festzuhalten, dass nicht alle untergeordneten Konzepte – die Aussagen beziehen sich nicht auf die Rechtsfigur als solche – im Privatrecht zu finden sind. Wo sie es sind, hat sich gezeigt, dass es sich jeweils um materiell öffentlich-rechtliche Normen handelt.¹⁶⁹⁵ Insofern sind diese kritischen Stimmen nachvollziehbar und Diskrepanzen zum Privatrecht und seinen Wertungen vor diesem Hintergrund naheliegend.¹⁶⁹⁶ Dazu kommt, dass bei einigen untergeordneten Konzepten die Zwecksetzung systemfremd ist. Besonders augenfällig ist dies bei der Meldepflicht nach Art. 697j OR.

846 Ungeachtet dieser Diskrepanzen bringt die Figur der wirtschaftlichen Berechtigung keine Durchbrechung des Privatrechts mit sich. Es handelt sich um eine rein erfassende Figur ohne unmittelbare Rechtsfolgen.¹⁶⁹⁷ Sie greift

1691 S. dazu oben Rz. 769. Die Würdigung wird bei formalen Ansätzen (bspw. 25%-Beteiligung) meist einfach ausfallen, wobei sich auch dann Rechtsfragen stellen können (z.B. betreffend Bezugsgrösse: wie werden etwa eigene Aktien berücksichtigt, wie Partizipationskapital etc.).

1692 Vgl. MEYER, Tatfrage, 214, wonach die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe eine Rechtsfrage ist.

1693 NOBEL, Standesregeln, 158.

1694 MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N177; METTIER, Offenlegung, 87f.; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 46; DERS., Aktiengesellschaft, 492; DERS., Börsenrecht, 181; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N177; ferner DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 283; zurückhaltender TRIGO TRINDADE, Jurisprudence, 216 a.A.

1695 S. dazu oben Rz. 492.

1696 Vgl. dazu oben Rz. 493.

1697 S. dazu oben Rz. 679f.

damit in keiner Weise in privatrechtliche Dogmen ein, wie etwa das System der Rechtssubjekte als Träger von Rechten. An dieser grundsätzlichen Feststellung ändert sich auch nichts, wenn der Gesetzgeber im Rahmen eines untergeordneten Konzepts Rechtsfolgen an die wirtschaftliche Berechtigung knüpft.¹⁶⁹⁸ Es steht dem Gesetzgeber sowohl im Privatrecht wie im öffentlichen Recht grundsätzlich frei,¹⁶⁹⁹ seine normativen Anknüpfungspunkte zu wählen. Die Anknüpfung an eine Kontrollbeziehung ist nicht per se privatrechtswidrig; diverse konzernrechtliche Fragestellungen, insb. der Konzernbegriff, greifen auf vergleichbare Anknüpfungspunkte zurück. Erst wenn mit der Wahl des Anknüpfungspunktes der wirtschaftlichen Berechtigung und der damit verbundenen Rechtsfolge in privatrechtliche Dogmen eingegriffen würde,¹⁷⁰⁰ könnte von einer Durchbrechung des Privatrechts gesprochen werden.

Die Figur der wirtschaftlichen Berechtigung mag also im Privatrecht fremd wirken. Sie ist aber nicht systemwidrig in dem Sinne, dass sie das System des Privatrechts durchbrechen würde. Spielarten der Figur der wirtschaftlichen Berechtigung können im Privatrecht eingesetzt werden, ohne dass damit privatrechtliche Dogmen verletzt würden. Es können sich aber Spannungen und Wertungswidersprüche ergeben. Ungeachtet dessen durchbricht die Figur der wirtschaftlichen Berechtigung das Privatrecht nicht. 847

IV. Verwandtschaften?

Im Rahmen dieser Untersuchung hat sich gezeigt, dass die untergeordneten Konzepte verschiedentlich mit anderen Konzepten, Rechtsfiguren und -institutionen etc. verglichen oder gleichgesetzt werden.¹⁷⁰¹ Regelmässig fehlt diesen Inbezugsetzungen jedoch eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zum verglichenen oder gleichgesetzten Konzept. Damit bleibt offen, ob und aus welchen Gründen eine Verwandtschaft oder materielle Übereinstimmung vorliegen soll. Dies ist nachfolgend für die am häufigsten mit den untergeordneten 848

1698 S. dazu oben Rz. 727 ff.

1699 Da dies sowohl für das öffentliche Recht wie das Privatrecht gilt, ist es irrelevant, ob die Figur der wirtschaftlichen Berechtigung als öffentlich- oder privatrechtlich qualifiziert wird.

1700 Man denke bspw. an Rechtswirkungen erga omnes (ohne Publizität), die an die Subjektstellung angeknüpft würden.

1701 Exemplarisch KLAUSER, Aspekte, 384; KUSTER, Begriff, 289 f.; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 38; LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 536; NOBEL, Standesregeln, 156 f.; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254.

Konzepten in Verbindung gebrachten Konzepte, Figuren etc. zu klären. Bezugspunkt ist dabei jeweils das Grundkonzept, wobei darauf bezogene Aussagen grundsätzlich auch Näheverhältnisse zu den untergeordneten Konzepten zu erhellen vermögen.

849 Die nachfolgende Analyse verfolgt dabei einen doppelten Zweck. Zum einen zeigt die Inbezugsetzung zu anderen Konzepten, Figuren, Instituten etc. die allfällige Nähe oder Distanz sowie das Verhältnis zu ebendiesen Erscheinungen auf und dient damit der Triangulation der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung in der Landschaft der verschiedenen juristischen Instrumente. Dies dient der weiteren Konturierung der dogmatischen Figur. Zum anderen ist die Auseinandersetzung mit möglicherweise verwandten oder gar kongruenten Erscheinungen zwangsläufig auch eine Auseinandersetzung mit möglichen Alternativerklärungen, womit eine Festigung des Grundkonzepts i.S.d. variativen Induktion verbunden ist.¹⁷⁰²

850 Vor dem Hintergrund dieser Zwecksetzungen geht es in den nachstehenden Ausführungen nicht um eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Vergleichsobjekten. Es geht darum, die einigermaßen unumstrittenen und gefestigten Kerncharakteristika derselben aufzuzeigen, um einen Vergleich mit dem Grundkonzept zu ermöglichen.

A. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

851 Die wirtschaftliche Betrachtungsweise wurde im Rahmen dieser Untersuchung mehrfach thematisiert¹⁷⁰³ und umschrieben¹⁷⁰⁴. Im Wesentlichen geht es um eine – gleichsam mit dem Röntgenauge – die äussere Form durchdringende materielle Würdigung wirtschaftlicher Wirkungen.¹⁷⁰⁵

852 Bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise handelt es sich also um eine juristische Methode.¹⁷⁰⁶ Das Grundkonzept bedient sich im Rahmen der Subjekt-Objekt-Relation dieser Methode.¹⁷⁰⁷ Somit sind Bezug und Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher Betrachtungsweise und dem Grundkonzept klar. Es liegt keine Verwandtschaft vor, sondern die Methode der wirtschaftlichen Betrachtungsweise kommt hinsichtlich eines Strukturelements des Grundkonzepts zur Anwendung.

1702 S. dazu oben Rz. 655 ff.

1703 S. dazu oben Rz. 487 ff. m.w.H., Rz. 550 f., Rz. 754 ff.

1704 S. dazu oben Rz. 755.

1705 S. dazu oben Rz. 755.

1706 S. dazu oben Rz. 755.

1707 S. dazu oben Rz. 487.

B. Rechtsmissbrauch, Durchgriff und Gesetzesumgehung

Im Lauf der Untersuchung sind immer wieder Berührungspunkte mit dem Rechtsmissbrauch¹⁷⁰⁸, dem Durchgriff¹⁷⁰⁹ und der Gesetzesumgehung¹⁷¹⁰ aufgetaucht. Aufgrund der Nähe dieser Konzepte untereinander – dazu so gleich – rechtfertigt es sich, ihre Bezüge zum Grundkonzept in einem Kapitel zu untersuchen.

Der Rechtsmissbrauch lässt sich kaum abstrakt umschreiben, doch wird darunter gemeinhin die zweckwidrige Ausübung eines formal bestehenden Rechts verstanden.¹⁷¹¹ Der Durchgriff, üblicherweise verstanden als Ausserachtlassen der rechtlichen Selbständigkeit einer juristischen Person,¹⁷¹² wiederum wird von weiten Teilen der Lehre sowie vom Bundesgericht als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots betrachtet.¹⁷¹³ Die Gesetzesumgehung wurde von der älteren Lehre noch als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs gesehen, doch wird sie mittlerweile der analogen Rechtsanwendung zugeordnet.¹⁷¹⁴

Was den Rechtsmissbrauch anbelangt, hat die Untersuchung gezeigt, dass das Grundkonzept im Ergebnis (auch) eine Missbrauchsverhinderungsfunktion aufweist, es sich aber nicht um eine Rechtsmissbrauchsnorm handelt.¹⁷¹⁵

Der Durchgriff setzt ein Beherrschungsverhältnis¹⁷¹⁶ (und damit eine Art Kontrollverhältnis) voraus und führt zu einem Hindurchblicken bzw. -greifen durch den Schleier der juristischen Person, was mit Rechtswirkungen für die dahinterstehende Person verbunden ist.¹⁷¹⁷ Damit gibt es prima vista Gemeinsamkeiten mit dem Grundkonzept. Diese vermeintlichen Gemeinsamkeiten lösen sich jedoch bei genauerer Betrachtung auf. Aufgrund

1708 S. dazu oben Rz. 483 m.w.H., Rz. 707 ff.; vgl. ferner etwa MATTHEY, Notion, 55 und 66.

1709 S. dazu oben Rz. 52 m.w.H., Rz. 136, Rz. 220, FN 343 a.E.; vgl. ferner etwa DUBS/BRÜGGER, Transparenz, 284; KLAUSER, Aspekte, 384; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 38; LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 536; NOBEL, Börsenrecht, 181 und 187; DERS., Standesregeln, 157; SCHENKER, Übernahmerecht, 111; WEBER, Anforderungen, 654; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254.

1710 S. dazu oben Rz. 483 m.w.H., Rz. 693 ff.; vgl. ferner etwa LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 536; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254.

1711 S. dazu oben Rz. 708.

1712 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 256; KOBIERSKI, Durchgriff, 35.

1713 KOBIERSKI, Durchgriff, 49 f. m.w.H.

1714 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER-BK ZGB 2012, Art. 2 N 93.

1715 S. dazu oben Rz. 710.

1716 Statt aller: KOBIERSKI, Durchgriff, 111 m.w.H.

1717 Statt aller: KOBIERSKI, Durchgriff, 177 m.w.H.

seiner nonpräskriptiven Natur setzt das Grundkonzept kein Kontrollverhältnis voraus.¹⁷¹⁸ Das Vorliegen eines solchen führt lediglich dazu, dass der Output der Zuordnungsfunktion auf wirtschaftliche Berechtigung lautet. Genauso gut kann der gegenteilige Fall vorkommen, womit das Ergebnis der Zuordnungsfunktion auf nicht wirtschaftlich berechtigt lautet. Die Anwendung des Grundkonzepts setzt also kein Kontrollverhältnis voraus. Des Weiteren wird zwar auch im Rahmen des Grundkonzepts durch Strukturen hindurchgeblickt, aber es kommt nicht *eo ipso* zu Rechtswirkungen für das Subjekt.¹⁷¹⁹ Zu guter Letzt ist noch festzuhalten, dass das Grundkonzept keine Rechtsmissbrauchsnorm ist bzw. keine solche beinhaltet.¹⁷²⁰

857 Das Verhältnis des Grundkonzepts zur Gesetzesumgehung wurde bereits beleuchtet.¹⁷²¹ Dabei hat sich gezeigt, dass das Grundkonzept aufgrund seiner starken Zweckorientierung und (damit verbunden) der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine Umgehungsverhinderungsfunktion aufweist.¹⁷²²

858 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Grundkonzept im Ergebnis eine funktionale Nähe zu den Konzepten des Rechtsmissbrauchs, des Durchgriffs und der Gesetzesumgehung aufweist. Bezüglich der ersten beiden Konzepte liegt aber keine Verwandtschaft oder Übereinstimmung vor. Nur bezüglich der Gesetzesumgehung ist von einem Näheverhältnis auszugehen.

859 Die Erkenntnis, dass Rechtsmissbrauch (und Durchgriff) und das Grundkonzept auseinanderzuhalten sind bzw. dass das Grundkonzept keine Missbrauchsnorm ist, hat dogmatisch gewichtige Auswirkungen. Das Grundkonzept hat damit einen viel weiteren Anwendungsbereich, als es dies bei einer Verwandtschaft oder Übereinstimmung mit dem Rechtsmissbrauch hätte. Auch nicht missbräuchliche (Rechts-)Gestaltungen werden vom Grundkonzept erfasst. Das macht dieses gerade im Bereich von Transparenzvorschriften zu einem breit einsetzbaren Werkzeug.

1718 S. dazu oben Rz. 679f.

1719 S. dazu oben Rz. 741.

1720 S. dazu oben Rz. 710; zum Zusammenspiel von wirtschaftlicher Berechtigung und Durchgriff vgl. auch BGER 4C.10/1999 vom 8. April 1999 (zusammengefasst in: FORSTMOSER PETER / UNTERSANDER OLIVER, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Handelsgesellschaften und Genossenschaften – und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés – sociétés commerciales et sociétés coopératives – et des papiers-valeurs, SJZ 1999, 470 ff., 474 f.; übersetzt in: SJ 2001 I, 165 ff.; s. dazu auch NOBEL PETER, Der wirtschaftlich Berechtigte – Ein unsicheres Konzept – Bundesgerichtsentscheid vom 8. April 1999, SZW 1999, 258 ff.; TRIGO TRINDADE, Jurisprudence, 221 ff.).

1721 S. dazu oben Rz. 693 ff.

1722 S. dazu oben Rz. 706.

C. Beneficial Ownership i.S.d. angloamerikanischen Konzepts

Eine Beschäftigung mit der wirtschaftlichen Berechtigung, in welcher Ausprägung auch immer, führt früher oder später fast zwangsläufig zum Kontakt mit dem Begriff des Beneficial Owner bzw. der Beneficial Ownership.¹⁷²³ Meist, aber nicht immer,¹⁷²⁴ ist damit ein Begriff aus dem (angloamerikanischen) Trustrecht gemeint.¹⁷²⁵ Um das Verhältnis zu klären, bedarf es zunächst einiger grundlegender Ausführungen zum Trustrecht.

Aufgrund der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten lässt sich der Trust kaum allgemeingültig definieren.¹⁷²⁶ Im Kern geht es um eine Verpflichtung nach Equity Law, die einen Trustee dazu verpflichtet, das Trustvermögen, das ihm als gesondertes, von seinem eigenen Privatvermögen getrenntes Vermögen gehört, zugunsten von Beneficiaries (zu denen der Trustee selbst gehören kann) zu verwalten und zu verwenden, wobei jeder Beneficiary die Verpflichtung des Trustees durchsetzen kann.¹⁷²⁷ Die Errichtung des Trusts erfolgt meist durch ein einseitiges Rechtsgeschäft.¹⁷²⁸ Der Trustee wird in der Folge Träger aller mit dem Trustvermögen verbundenen Rechte (bspw. Eigentümer an Sachen im Trustvermögen), auch wenn das Trustvermögen als Sondervermögen nicht in die Konkurs- oder Erbmasse des Trustees fällt.¹⁷²⁹ Der Trustee hat den Legal Title am Trustvermögen, die Beneficiaries, in deren Interesse das Trustvermögen verwaltet und verwendet wird, haben den Equitable oder Beneficial Interest inne.¹⁷³⁰ Diese Rechte der Beneficiaries sind nicht nur obligatorischer Natur, sondern ihnen kommt auch dingliche

1723 S. dazu oben FN 74, FN 88, Rz. 27, Rz. 52, Rz. 69, Rz. 373. Im Schweizer Recht war diese Verbindung von Anfang an (vgl. dazu oben Rz. 45) zu beobachten: «Der Begriff [wirtschaftlich Berechtigter] bemüht sich um eine kontinental-europäische Entsprechung zum angelsächsischen ›beneficial owner›» (Botschaft StGBI, 1098, Endnote 118).

1724 S. dazu oben Rz. 111 ff.

1725 KLAUSER, Aspekte, 384; KUSTER, Begriff, 290; LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 536 f.; MEIER-SCHATZ-Komm. BEHG, Art. 20 N 177; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 204, § 6 Rz. 170 a. E.; DERS., Standesregeln, 156 f. FN 7; RICCARDI/SAVONA, Identification, 14; VAN DER DOES DE WILLEBOIS ET AL., Puppet, 18; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254. Gegen eine Vermengung von wirtschaftlicher Berechtigung und Beneficial Ownership etwa MATTHEY, Notion, 78 ff.; STANISLAS, Ayant, 423 f. Unklar KISTLER, Meldepflicht, 18, der ohne ausdrücklichen Bezug zum Trust von einer angelsächsischen Herkunft ausgeht; ähnlich BÖCKLI, Aktienrecht 2022, § 3 Rz. 81 FN 282; METTIER, Offenlegung, 87 m. w. H.

1726 HRUBESCH-MILLAUER, Trust, 453; vgl. ferner Bericht Trust, 9; BÖCKLI, Trust, 211.

1727 Bericht Trust, 9; HRUBESCH-MILLAUER, Trust, 454 m. w. H.

1728 Bericht Trust, 10.

1729 Bericht Trust, 10.

1730 HRUBESCH-MILLAUER, Trust, 457 f.

Wirkung zu.¹⁷³¹ Der Trust hat somit eine – dem Schweizer Recht unbekann- te – Spaltung des Eigentums in Legal und Equitable bzw. Beneficial Owner- ship zur Folge.¹⁷³²

862 Beneficial Ownership beinhaltet also eine Rechtsposition, die aufgrund ihrer (teilweise) dinglichen Natur erga omnes wirkt. Ungeachtet dessen ist mit dieser Position nicht zwingend eine Kontrolle über das Trustvermögen verbunden.¹⁷³³ Demgegenüber ist mit wirtschaftlicher Berechtigung keine Rechtsposition verbunden,¹⁷³⁴ dafür ist Kontrolle ein zentrales Element.¹⁷³⁵ Auch die Funktionen der beiden Konzepte sind verschieden. Das Grundkonzept erfasst Kontrollbeziehungen, während Beneficial Ownership ein jahrhunde- alte, fein austariertes Rechtsinstitut und eine Rechtsposition innerhalb des Trustrechts ist. Die oft postulierte Nähe zwischen den beiden Konzepten ist also wahrscheinlich eher begrifflichen Assoziationen denn inhaltlicher Auseinandersetzung geschuldet.

863 Zumindest in sprachlicher Hinsicht sind diese Assoziationen fragwürdig. Der Begriff «beneficial» kann nicht mit «wirtschaftlich» übersetzt werden¹⁷³⁶ und bezieht sich zudem jeweils auf bestimmte *Rechte*.¹⁷³⁷ Auch die Gleichset- zung von «Ownership» mit «Berechtigung» ist verfehlt.¹⁷³⁸ Im Ergebnis ist also der ganze Begriff «lost in translation».¹⁷³⁹

864 In Anbetracht dieser Differenzen ist nicht überraschend, dass sich die Position des Beneficial Owner und des wirtschaftlich Berechtigten nicht zwin- gend decken müssen.¹⁷⁴⁰

1731 HRUBESCH-MILLAUER, Trust, 459.

1732 HRUBESCH-MILLAUER, Trust, 462 f.

1733 Vgl. GUTZWILLER/SCHLEIFFER, Offenlegung, 63; vgl. ferner die Auffangklausel in den GAFI-Empfehlungen (s. dazu unten FN 1740).

1734 S. dazu oben Rz. 741.

1735 S. dazu oben Rz. 758.

1736 REINHARD-DEROO, BO, 22.

1737 REINHARD-DEROO, BO, 20: «As a legal term, the word beneficial is used in relation to *rights other than legal title*» [Hervorhebung hinzugefügt].

1738 REINHARD-DEROO, BO, 22 f.

1739 REINHARD-DEROO, BO, 27.

1740 S. etwa GUTZWILLER/SCHLEIFFER, Offenlegung, 63 f.; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 38; STANISLAS, Ayant, 423; ferner BÖCKLI, Trust, 215; RICCARDI/SAVONA, Identifica- tion, 17. Die GAFI-Empfehlungen, Interpretativnote zu Empfehlung Nr. 25, Ziff. 1 stellen für die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten entsprechend nicht einfach auf die Feststellung der Beneficiaries ab, sondern verlangen auch die Identifizierung des Settlers, Trustees, Protectors sowie von «any other natural person exercising ultimate effective control over the trust». Ähnlich § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG-DE sowie § 3 Abs. 3 Nr. 6 lit. b GwG-DE.

Das Grundkonzept und Beneficial Ownership unterscheiden sich inhaltlich deutlich und müssen auseinandergehalten werden.¹⁷⁴¹ Auch die vermeintliche begriffliche Nähe erweist sich als trügerisch.¹⁷⁴² Eine Verwandtschaft oder gar Kongruenz zwischen den beiden Konzepten existiert nicht.

D. Treuhand

Regelmässig wird die Thematik der wirtschaftlichen Berechtigung mit der Treuhand in Verbindung gebracht.¹⁷⁴³ Bei der Treuhand handelt es sich um einen Geschäfts- bzw. Vertragstyp, der meist dem Auftragsrecht untersteht.¹⁷⁴⁴ Inhaltlich geht es um eine Übertragung eines Rechts vom Treugeber an die Treuhänderin, wobei Letztere das Recht in eigenem Namen, aber nach den Vorgaben des Treugebers ausübt.¹⁷⁴⁵ Kennzeichnend für die Treuhand ist, dass die Treuhänderin das volle Recht am Treugut erwirbt und dieses Recht lediglich obligatorisch (zugunsten des Treugebers) beschränkt ist.¹⁷⁴⁶

Aus dieser kurzen Umschreibung der Treuhand ergeben sich bereits die wesentlichen Unterschiede zum Grundkonzept. Es handelt sich bei der Treuhand um ein Rechtsgeschäft, das dem Treugeber eine (obligatorische) Rechtsposition einräumt. Demgegenüber ist das Grundkonzept kein Rechtsgeschäft und es beinhaltet keine Rechtsposition des wirtschaftlich Berechtigten.¹⁷⁴⁷

Die oft postulierte Nähe zwischen den beiden Konzepten dürfte einerseits daher rühren, dass der Treugeber nicht selten als wirtschaftlich Berechtigter qualifiziert,¹⁷⁴⁸ und andererseits daher, dass sowohl das Grundkonzept¹⁷⁴⁹ wie auch die Treuhand eine Nähe zu Umgehungsthematiken aufweisen.¹⁷⁵⁰ Die Relation zur Umgehungsthematik steht aber beim Grundkonzept

1741 HRUBESCH-MILLAUER, Trust, 463; ebenso für den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten i.S.d. VSB: HEIM/WETTSTEIN-PK VSB, Art. 27 Abs. 1 N 18.

1742 S. dazu oben Rz. 863.

1743 S. dazu oben Rz. 52 m.w.H., Rz. 286, Rz. 333, Rz. 407; KLAUSER, Aspekte, 384; KUSTER, Begriff, 290; LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 38 erblicken in der Treuhand gar den historischen Ursprung des Begriffs «wirtschaftlich Berechtigter»; LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 536; TAUBE, Sorgfaltspflichten, 105 f.; ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 254.

1744 OSER/WEBER-BSK OR I, Art. 394 N 11 f. m.w.H.

1745 MÜLLER-BK OR, Art. 18 N 409; WIEGAND-BSK OR I, Art. 18 N 140.

1746 MÜLLER-BK OR, Art. 18 N 414; OSER/WEBER-BSK OR I, Art. 394 N 12 f.; WIEGAND-BSK OR I, Art. 18 N 143 f.

1747 S. dazu oben Rz. 741.

1748 Vgl. dazu oben Rz. 279, Rz. 286, Rz. 333, Rz. 407.

1749 S. dazu oben Rz. 693 ff.

1750 Vgl. MÜLLER-BK OR, Art. 18 N 420, wonach die Treuhand als Umgehungsgeschäft fungieren kann. Im Übrigen ist das Strohmanggeschäft, das im Zusammenhang mit

und bei der Treuhand unter jeweils umgekehrten Vorzeichen. Die Treuhand ermöglicht Umgehungen,¹⁷⁵¹ während das Grundkonzept sie verhindern will.¹⁷⁵²

869 Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Treuhand und Grundkonzept weder verwandt noch kongruent sind, dass es aber eine thematische (nicht materielle) Nähe zwischen den beiden Konzepten gibt.

E. Wirtschaftlich Beteiligter

870 Auch wenn sich in der Doktrin keine Verweise auf den wirtschaftlich Beteiligten haben finden lassen, rückte das Bundesgericht die Begriffe der wirtschaftlichen Berechtigung und der wirtschaftlichen Beteiligung in die Nähe voneinander, ohne sich jedoch zu deren Verhältnis zu äussern.¹⁷⁵³ Dies sowie die begriffliche Nähe zum wirtschaftlich Berechtigten rechtfertigen eine kurze Betrachtung dieses Konzepts.

871 Das Bundesgericht setzt für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für eine juristische Person voraus, dass «ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die *wirtschaftlich Beteiligten* mittellos sind».¹⁷⁵⁴ Der Begriff ist «weit zu verstehen [...] und [erfasst] alle am Ausgang des Rechtsstreits wirtschaftlich Interessierten, namentlich neben Gesellschaftern auch Organe der juristischen Person oder Gläubiger».¹⁷⁵⁵

872 Der Begriff des wirtschaftlich Beteiligten umfasst also nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung alle wirtschaftlich interessierten Personen, und zwar unabhängig davon, ob sie eine Kontrollbeziehung zur fraglichen juristischen Person haben. Damit ist der Begriff einerseits viel weiter gefasst und andererseits grundlegend anders strukturiert als das Grundkonzept. Eine Verwandtschaft oder Kongruenz zwischen diesen Konzepten ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

wirtschaftlicher Berechtigung regelmässig ein Thema ist, eine Spielart der Treuhand (a.a.O., Art. 18 N 418).

1751 MÜLLER-BK OR, Art. 18 N 420; vgl. ferner KÜPFER, Unternehmensbeteiligung, 119 ff., wonach ein Auseinanderfallen der zivilrechtlichen Rechtszuständigkeit und der wirtschaftlichen Beherrschung – wie das bei der Treuhand geschieht – Umgehungen ermöglicht.

1752 S. dazu oben Rz. 706.

1753 Vgl. BGE 4A_665/2014 vom 2. April 2015 E. 3. f.

1754 BGE 131 II 306 E. 5.2.2. S. 327 m.w.H. [Hervorhebung hinzugefügt].

1755 BGE 5C.1/2002 vom 20. Februar 2002; BGE 131 II 306 E. 5.2.2. S. 327.

F. Wirtschaftliches Eigentum

Gelegentlich fällt im Zusammenhang mit dem Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums bzw. des wirtschaftlichen Eigentümers.¹⁷⁵⁶ 873

Auch das Bundesgericht hat den Begriff schon bemüht, ohne ihn zu definieren.¹⁷⁵⁷ Es hat allerdings festgehalten, dass «[d]as schweizerische Sachenrecht [...] kein wirtschaftliches Eigentum [kennt]. Soweit in [der Vereinbarung] davon die Rede ist, dass X. wirtschaftlicher Eigentümer von Grundstück und Investitionen sei, kann dem keinerlei rechtliche Bedeutung zukommen».¹⁷⁵⁸ 874
Abgesehen von dieser Absage an das Konzept des wirtschaftlichen Eigentums im Sachenrecht herrscht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Klarheit über dessen materiellen Gehalt.

In der Lehre wird der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Zusammenhang mit einer Vielzahl verschiedener Themen verwendet. So taucht der Begriff etwa im Kontext von Leerverkäufen auf und wird dort mit dem Ultimate Beneficial Owner in Verbindung gebracht.¹⁷⁵⁹ BÖCKLI verwendet den Begriff u.a. im Rechnungslegungsrecht und scheint ihn dort mit wirtschaftlicher Berechtigung gleichzusetzen.¹⁷⁶⁰ In diesem Kontext ergebe sich die Position des wirtschaftlichen Eigentümers aus vertraglichen Rechten und setze u.a. Besitz (im Rechtssinne) voraus.¹⁷⁶¹ BÖCKLI verwendet den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums auch im Trustrecht und beschreibt es dort «als eigentumsähnlich empfundene Nutzungs- und Sachherrschaft [...] durch eine im Rechtssystem durchsetzbare Kombination von Forderungs- 875

1756 BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 224, Rz. 407; NOBEL, Finanzmarktrecht, §1 Rz. 203, §6 Rz. 399; DERS., Standesregeln, 157; TRIGO TRINDADE, *Jurisprudence*, 216 FN 2; s. dazu auch oben Rz. 294 sowie FN 555, FN 866.

1757 Vgl. BGE 144 II 427 E. 5.4.: «Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Beteiligung nicht zu wirtschaftlichem Eigentum, sondern nur als Treugut [...] übertragen wurde»; ferner BGE 1B_517/2019 vom 11. November 2019 Sachverhalt A.; in den zusammenhängenden Entscheidungen BGE 1A.184/2005 vom 9. Dezember 2005 sowie BGE 1A.185/2005 vom 9. Dezember 2005 hat das Bundesgericht den Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers offenbar einfach aus dem Streitgegenständlichen Rechtshilfesuch übernommen, ohne ihn sich zu eigen zu machen.

1758 BGE 5A_732/2010 vom 17. Januar 2011 E. 3. a.E.

1759 CAHANNES MERENS, Leerverkäufe – Eine rechtsökonomische Betrachtung der Regulierung von Leerverkäufen im Schweizer Finanzmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung von Regulierungskonzepten aus der EU und aus den USA, Diss. Zürich 2019 (= ZStP 294), 149 ff. m.w.H.

1760 BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 224.

1761 BÖCKLI, Rechnungslegung, Rz. 226 f.

und anderen Rechten.»¹⁷⁶² ENGSTLER erblickt in der «Rechtskonstruktion des vertraglichen Anlagefonds [ein] Auseinanderfallen von zivilrechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum[...]».¹⁷⁶³ GRAHAM-SIEGENTHALER hält fest, dass der Begriff dem Sachenrecht fremd und v.a. im Leasing- und Abgaberecht von Bedeutung sei, ohne sich zu dessen Gehalt zu äussern.¹⁷⁶⁴ JUTZI/SCHÄREN erwähnen den wirtschaftlichen Eigentümer im Zusammenhang mit der börsenrechtlichen Offenlegungspflicht und scheinen den Begriff mit dem wirtschaftlich Berechtigten gleichzusetzen.¹⁷⁶⁵ NOBEL hingegen bezeichnet mit dem Begriff des wirtschaftlichen Eigentums offenbar die Stellung des Aktionärs hinsichtlich der Unternehmung (im Gegensatz zum formal bestehenden Eigentum an der Aktie).¹⁷⁶⁶

876 Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums wird also in verschiedenen Zusammenhängen verwendet. Da Auseinandersetzungen mit dem materiellen Gehalt des Begriffs jeweils fehlen, lässt sich kein Urteil über die mögliche Verwandtschaft oder Kongruenz mit dem Grundkonzept fällen.

877 Im Sinne eines Exkurses zeigt ein Blick in andere Rechtsordnungen, dass der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums dort teilweise klar umrissene Konzepte bezeichnet. So wird der Begriff etwa im Geldwäschereirecht der EU verwendet, wobei dieser Begriff offenbar mit dem wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 4 GwG kongruent ist.¹⁷⁶⁷ Diesbezüglich scheint eine Kompatibilität mit dem Grundkonzept naheliegend.

878 Interessant ist ein Blick ins deutsche Steuerrecht. Hier hält § 39 Abs. 1 AO-DE den Grundsatz fest, dass Wirtschaftsgüter dem Eigentümer zuzurechnen sind. Davon abweichend gilt gemäss § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO-DE, dass das Wirtschaftsgut demjenigen zugerechnet wird, der «die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus[übt], dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann». Diese Position der tatsächlichen Herrschaft über das Wirtschaftsgut wird als wirtschaftliches Eigentum bezeichnet.¹⁷⁶⁸ Bezüglich dieses steuerrechtlichen Konzepts ist eine Kompatibilität mit dem Grundkonzept unmittelbar sinnfälliger.

1762 BÖCKLI, Trust, 210.

1763 ENGSTLER, Handänderungssteuer, 85.

1764 Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER-BK ZGB 2022, Syst. Teil Rz. 647 f.

1765 JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 109; vgl. ferner a.a.O., Art. 120 N 17 und N 267 betreffend ausländische Regelungen.

1766 NOBEL, Finanzmarktrecht, § 6 Rz. 399; DERS., Herausforderungen, 221.

1767 Vgl. NAGEL THOMAS, Soll das Aufbewahren von Vermögenswerten künftig dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden?, GesKR 2020, 113 ff., 118 FN 56.

1768 BFH VIR 6/18 vom 26. August 2020, Rz. 25; BFH IIB 65/11 vom 29. März 2012, Rz. 3.

V. Schlussbemerkungen

Die Ausdifferenzierung des Grundkonzepts hat die Kerncharakteristika desselben deutlicher zutage treten lassen. Als prägend für das Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung erweisen sich zum einen die Transparenz-, Zuordnungs- und Umgehungsverhinderungsfunktion sowie, mit letzterer verbunden, die hohe Zweckrelevanz. Andererseits steht in struktureller Hinsicht die Subjekt-Objekt-Relation mit ihren Kernelementen wirtschaftliche Betrachtungsweise und Kontrolle sowie ihrer funktional bedingten normativen Unschärfe im Fokus. 879

Ausserdem hat sich gezeigt, dass die verschiedenen Elemente des Grundkonzepts eine funktionale Einheit bilden, die als Rechtsfigur zu qualifizieren ist. Diese wiederum hat sich, obwohl induktiv gewonnen, im Rahmen der variativen Induktion als belastbar erwiesen, haben sich doch keine Alternativerklärungen oder engeren Verwandtschaften mit anderen Konzepten ergeben. 880

Die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung ist somit hinreichend gefestigt und umrissen. Umso mehr stellt sich die Frage, weshalb ihre rechtsdogmatische und/oder praktische Handhabe oft als problembehaftet bezeichnet wird.¹⁷⁶⁹ Im Laufe dieser Untersuchung wurden mehrere Problemquellen identifiziert, die diese Schwierigkeiten zu erklären vermögen. Zunächst fehlt es oft schon an einer Strukturierung des Problems. Das hat fast zwangsläufig zur Folge, dass einzelne Aspekte bzw. Elemente des jeweils einschlägigen untergeordneten Konzepts unklar bleiben.¹⁷⁷⁰ Hauptursache der Schwierigkeiten ist jedoch die funktional bedingte und damit nicht auflösbare normative Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation. Oft wird diese als zu behebendes Problem und nicht als funktional notwendiger Aspekt betrachtet. Das hat zur Folge, das versucht wird, die Unschärfe wegzudefinieren, was funktional und rechtsdogmatisch verfehlt ist und damit scheitern muss. 881

Die Ausführungen in diesem Paragrafen haben gezeigt, dass eine systematische und strukturierte Beschreibung und damit eine rechtsdogmatische Erfassung des Grundkonzepts (und letztlich der untergeordneten Konzepte) möglich ist. Bei den soeben erwähnten Problemen handelt es sich also in erster Linie um Anwendungsprobleme. Diese Probleme sind Gegenstand des nächsten Paragrafen. 882

¹⁷⁶⁹ Vgl. dazu oben FN 26, FN 28.

¹⁷⁷⁰ So fehlt oft eine (vertiefte) Auseinandersetzung mit dem Subjekt (s. dazu oben Rz. 75 ff., Rz. 136 ff., Rz. 538) oder Objekt (s. dazu oben Rz. 389 ff., Rz. 540 ff.).

§ 18 Operationalisierung des Grundkonzepts

883 Der vorangehende Paragraph hat gezeigt, dass eine rechtsdogmatische Erfassung des Grundkonzepts möglich ist. Dennoch bleiben einige (Anwendungs-) Probleme bestehen, die sich vorwiegend aus der fehlenden Strukturierung des Grundkonzepts und der untergeordneten Konzepte sowie der inhärenten normativen Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation ergeben. Auf die Ausdifferenzierung des Grundkonzepts im vorigen Paragraphen folgt nun die Operationalisierung desselben. Anzumerken ist, dass Operationalisierung im Sinne dieser Untersuchung die anwendungsorientierte Nutzbarmachung für die Praxis meint, und zwar vor dem Hintergrund der rechtsdogmatischen Erkenntnisse aus § 17.¹⁷⁷¹

884 Hervorzuheben ist, dass es nicht darum geht, einzelne untergeordnete Konzepte zu operationalisieren. Das ist nicht Zweck dieser Untersuchung¹⁷⁷² und würde deren Umfang sprengen. Gegenstand dieses Paragraphen ist eine Operationalisierung des Grundkonzepts. Die Operationalisierung erfolgt somit abstrahiert von den konkreten Regelungsinhalten einzelner untergeordneter Konzepte, dafür mit Blick auf deren systembildende Elemente. Ziel ist also eine Operationalisierung auf erhöhter Abstraktionsebene. Das mag initial widersprüchlich erscheinen, doch erlaubt dieses Vorgehen, dogmatisch abgesicherte Werkzeuge zur Operationalisierung herauszuarbeiten. Das wiederum zeigt die Leitlinien im Umgang mit den untergeordneten Konzepten auf.

885 Zum Zweck der Operationalisierung des Grundkonzepts ist auf seine einzelnen Elemente einzugehen. Wo nämlich der Blick für die einzelnen Elemente fehlt, treten unweigerlich Unklarheiten zutage.¹⁷⁷³ Die Strukturierung der nachfolgenden Ausführungen ist für sich genommen bereits ein Beitrag zur Operationalisierung. Auf diese Einzelbetrachtungen aufbauend können dann Schlüsse für die Operationalisierung untergeordneter Konzepte gezogen werden.

1771 Ziel ist nicht eine Operationalisierung i.S.d. Messbarmachung, wie sie in den empirischen Wissenschaften vorkommt; es geht nicht um eine Zergliederung in mess- bzw. quantifizierbare Größen.

1772 S. dazu oben Rz. 9f.

1773 S. dazu oben Rz. 881.

Abschliessend ist anzumerken, dass es bei diesen Einlassungen nicht um rechtspolitische Postulate geht. Ungeachtet dessen ergeben sich aus den rechtsdogmatisch abgesicherten Operationalisierungsmethoden für das Grundkonzept teils fast zwangsläufig rechtspolitische Forderungen für den Umgang mit untergeordneten Konzepten.¹⁷⁷⁴ Das gilt insb. dort, wo die Operationalisierung des Grundkonzepts Unzulänglichkeiten im Umgang mit einem untergeordneten Konzept zutage fördert. 886

I. Zweck

Aufgrund der konzeptuell bedingten hohen Zweckrelevanz¹⁷⁷⁵ ist in der Rechtsanwendung der teleologische Gehalt von besonders grosser Bedeutung.¹⁷⁷⁶ Daraus ergibt sich aber keine Besonderheit für die Operationalisierung dieses Konzeptelements. 887

Vor dem Hintergrund der hohen Zweckrelevanz ist de lege ferenda zu fordern, dass der Normzweck – besser noch: der Konzeptzweck – jeweils klar bestimmt wird und sich nicht in allgemeinen Hinweisen auf Umgehungsverhinderung, wirtschaftliche Betrachtung oder Missbrauchsbekämpfung erschöpft. Diese Thematiken bzw. «Zwecksetzungen» sind dogmatisch Teil der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung, womit ihre Referenzierung mit keinerlei Erkenntnisgewinn für den teleologischen Gehalt verbunden ist. 888

II. Funktionen

Ähnliches wie für den Zweck gilt für die Funktionen; grundsätzlich ergeben sich keine Besonderheiten für die Operationalisierung. Aufgrund der inhärenten Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation ist aber Bestimmtheit betreffend die Funktionen erforderlich, da sie als leitende Gesichtspunkte Klarheit im Umgang mit ebendieser Unschärfe zu schaffen vermögen.¹⁷⁷⁷ 889

Auf jeden Fall muss unzweideutig feststehen, ob es sich beim jeweiligen Konzept überhaupt um ein (untergeordnetes) Konzept wirtschaftlicher Be- 890

1774 Es liegt in der Natur der Rechtsdogmatik, dass diese teilweise unausweichlich (auch) rechtspolitisch ist (vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 325).

1775 S. dazu oben Rz. 666 ff.

1776 S. dazu unten Rz. 912 ff.

1777 DEDEYAN, Unternehmenskommunikation, 1031 betrachtet den wirtschaftlich Berechtigten als «funktional zu verstehenden» Begriff.

rechtiung handelt (das eine Missbrauchsverhinderungsfunktion hat)¹⁷⁷⁸ oder um eine reine Missbrauchsnorm. Diese Klarheit fehlt bei gewissen untergeordneten Konzepten,¹⁷⁷⁹ obwohl die Unterscheidung gewichtige rechtsdogmatische Auswirkungen hat.¹⁷⁸⁰

III. Subjekt

891 Die Untersuchung hat gezeigt, dass es hinsichtlich des Subjekts wenige Gestaltungsvarianten und Unklarheiten gibt.¹⁷⁸¹ Allfällige Unklarheiten sind dabei – im Gegensatz zu den Unklarheiten betreffend die Subjekt-Objekt-Relation – nicht einer inhärenten Unschärfe geschuldet, sondern mangelnder gesetzgeberischer Präzision bzw. mangelnder wissenschaftlicher sowie rechtspraktischer Auseinandersetzung mit dem Subjekt.¹⁷⁸²

892 Das Subjekt liesse sich nämlich mit trennscharfen Rechtsbegriffen (bspw. natürliche Person) definieren,¹⁷⁸³ sodass sich für die Operationalisierung dieses Elements keine Besonderheiten ergeben.

893 Schwierigkeiten ergeben sich nur hinsichtlich subjektseitiger Personenmehrheiten.¹⁷⁸⁴ Diesbezüglich sind die untersuchten Anwendungsfälle zu wenig ergiebig, um Strukturen zu erkennen und zu operationalisieren. In Anbetracht dessen, dass es jeweils um eine kontrollausübende Personenmehrheit geht, bieten sich die Figuren der finanzmarktaufsichtsrechtlichen sowie der börsenrechtlichen Gruppe als Lösungsreservoirs an.¹⁷⁸⁵ Da sich aus konzeptueller Sicht aber kein zwingender Ansatz im Umgang mit subjektseitigen Personenmehrheiten ergibt, sind hier Gesetzgeber, Lehre und Rechtsprechung gefordert.

1778 S. dazu oben Rz. 710.

1779 S. dazu oben Rz. 707.

1780 S. dazu oben Rz. 859.

1781 S. dazu oben Rz. 715.

1782 Vgl. dazu oben Rz. 529 ff., Rz. 715.

1783 Vgl. dazu oben Rz. 529 ff., Rz. 715.

1784 S. dazu oben Rz. 536 ff., Rz. 716 ff.

1785 S. dazu oben Rz. 720, Rz. 237.

IV. Objekt

Die Situation betreffend das Objekt gestaltet sich analog zu derjenigen des Subjekts;¹⁷⁸⁶ es gibt nur wenige Gestaltungsvarianten und Unklarheiten und dort,¹⁷⁸⁷ wo es Unklarheiten gibt, sind diese der mangelnden Auseinandersetzung mit der Thematik geschuldet.¹⁷⁸⁸ Es gilt somit auch für das Objekt: Die Operationalisierung erfolgt über bestimmte Rechtsbegriffe.¹⁷⁸⁹ 894

Schwierigkeiten ergeben sich v.a. beim intersubjektiven Ansatz¹⁷⁹⁰ und in diesem Rahmen – wiederum wie beim Subjekt – im Bereich der Personenmehrheiten.¹⁷⁹¹ Aus konzeptueller Sicht spricht nichts gegen einen intersubjektiven Ansatz (und allfällige Personenmehrheiten auf Objektseite), doch bleibt teilweise unklar, ob tatsächlich ein solcher Ansatz gewollt ist.¹⁷⁹² Diesbezüglich ist (zumindest de lege ferenda) Klarheit zu fordern. Dies gilt auch hinsichtlich des letztendlich anvisierten Objekts, denn der intersubjektive Ansatz zielt regelmässig mittelbar auf ein anderes Objekt,¹⁷⁹³ das in einer bestimmten Relation zum unmittelbar anvisierten Objekt steht. Alternativ zur Offenlegung dieses mittelbar anvisierten Objekts ist zu prüfen, ob dieses nicht einfach unmittelbar als Objekt erfasst werden soll. 895

V. Subjekt-Objekt-Relation

Die Subjekt-Objekt-Relation ist das Herzstück des Grundkonzepts und dessen komplexester Bestandteil.¹⁷⁹⁴ Deshalb kommt der Operationalisierung dieses Strukturelements eine zentrale Bedeutung zu für die Operationalisierung des Grundkonzepts. Vor dem Hintergrund der normativen Unbestimmtheit als funktionales Element¹⁷⁹⁵ der Subjekt-Objekt-Relation ist naheliegend, dass die Operationalisierung dieses Strukturelements mit bedeutend grösseren Schwierigkeiten behaftet ist als die der übrigen Strukturelemente. 896

1786 S. dazu oben Rz. 891 ff.

1787 S. dazu oben Rz. 743.

1788 S. dazu oben Rz. 743 f.

1789 Vgl. dazu oben Rz. 539 ff., Rz. 743.

1790 S. dazu oben Rz. 745 ff.

1791 S. dazu oben Rz. 747 ff.

1792 S. dazu oben Rz. 540.

1793 S. dazu oben Rz. 746, Rz. 541.

1794 S. dazu oben Rz. 753.

1795 S. dazu oben Rz. 761 ff.

A. Kernelemente

897 Die Kernelemente der Subjekt-Objekt-Relation sind (i) Kontrolle (ii) in wirtschaftlicher Betrachtungsweise.¹⁷⁹⁶ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise wurde in der Literatur umfassend erarbeitet,¹⁷⁹⁷ sodass auf weitere Ausführungen dazu verzichtet wird. Nachfolgend geht es in erster Linie um eine Operationalisierung des Kontrollbegriffs. Da eine Operationalisierung auf Stufe Grundkonzept angestrebt wird,¹⁷⁹⁸ geht es nicht darum, den Kontrollbegriff inhaltlich dergestalt zu konkretisieren, dass er zum unmittelbar subsumtionsfähigen Begriff wird.¹⁷⁹⁹ Vielmehr muss eine dogmatische fundierte Operationalisierung auf abstrakterer Ebene vorgenommen werden, und zwar vor dem Hintergrund der inhärenten normativen Unschärfe.

B. Inhärente Unbestimmtheit und Konkretisierung

898 Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Unbestimmtheit des Kontrollbegriffs, also des Kerns der Subjekt-Objekt-Relation, funktional bedingt und damit grundkonzeptimmanent ist.¹⁸⁰⁰ Diese Unbestimmtheit ist das Grundproblem im Umgang mit dem Grundkonzept.¹⁸⁰¹ Die Untersuchung hat auch gezeigt, dass der rechtsdogmatisch und methodisch korrekte Umgang mit dieser Unbestimmtheit in der Konkretisierung mittels Fallgruppen liegt.¹⁸⁰²

899 Anzumerken ist, dass die Unbestimmtheit rechtsstaatlich grundsätzlich tragbar ist.¹⁸⁰³ Der zulässige Grad der Unbestimmtheit hängt dabei insb. von den allfälligen Rechtsfolgen ab,¹⁸⁰⁴ womit der erforderliche Grad der Konkretisierung normkontextabhängig ist, denn aus dem Grundkonzept selbst ergeben sich keine Rechtsfolgen.¹⁸⁰⁵

1796 S. dazu oben Rz. 754.

1797 S. dazu oben Rz. 487 ff., Rz. 550 f., Rz. 755 f.

1798 S. dazu oben Rz. 884.

1799 Vgl. dazu oben Rz. 644.

1800 S. dazu oben Rz. 761 ff., Rz. 813.

1801 S. dazu oben Rz. 881.

1802 S. dazu oben Rz. 794 ff., Rz. 816.

1803 S. dazu oben Rz. 784 ff., Rz. 814.

1804 S. dazu oben Rz. 786, Rz. 814.

1805 S. dazu oben Rz. 786.

1. Die Crux mit den Scheinkonkretisierungen

Eine formale Legaldefinition ist aus funktionalen Gründen nicht zur Lösung 900
des Unbestimmtheitsproblems geeignet.¹⁸⁰⁶ Dieser Ansatz ist deshalb nicht
weiterzuverfolgen. Auf zwei weitere problematische Ansätze, die regelmässig
anzutreffen sind, ist nachfolgend zwecks Illustration des Problems kurz ein-
zugehen. Die beiden typischen Problemfälle sind die Scheinkonkretisierun-
gen und die zirkulären Definitionen.

1.1. Scheinkonkretisierungen

Eine Scheinkonkretisierung liegt vor, wenn ein konkretisierungsbedürftiger 901
Begriff durch einen anderen Begriff «derselben Stufe ausfüllungsbedürftiger
Unbestimmtheit» ausgetauscht wird.¹⁸⁰⁷

Viele Ansätze in Lehre und Praxis operieren mit solchen Scheinkonkreti- 902
sierungen, indem etwa der Begriff der Kontrolle mit Beherrschung oder Ver-
fügungsmacht «definiert» wird, allenfalls noch mit dem Zusatz, dass diese in
wirtschaftlicher Hinsicht vorliegen müsse.¹⁸⁰⁸ Ersteres ersetzt den konkreti-
sierungsbedürftigen Begriff der Kontrolle durch einen ebenso konkreti-
sierungsbedürftigen Begriff. Letzteres ist konzeptuell eine Selbstverständlich-
keit¹⁸⁰⁹ ohne zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Solche Ansätze tragen nichts
zur Operationalisierung bei.

Ein gewisser Erkenntnisgewinn und damit ein Schritt in Richtung Ope- 903
rationalisierung liegt dort vor, wo der Kontrollbegriff in mehrere Teilaspekte
aufgegliedert wird, bspw. in (faktische) Kontrolle und Risikotragung. Genau
betrachtet liegt der Erkenntnisgewinn hier nicht in der Aufgliederung des
Kontrollbegriffs, sondern in der (mehr oder weniger willkürlichen) Hinzufü-
gung eines weiteren Kriteriums. Ungeachtet dessen hat die Untersuchung
gezeigt, dass der rechtsdogmatisch und methodisch korrekte Umgang in der
Konkretisierung mittels Fallgruppen liegt und materielle Definitionen für die
Operationalisierung konzeptuell ungeeignet sind.¹⁸¹⁰

1806 S. dazu oben Rz. 796 ff.

1807 RÖTHEL, Normkonkretisierung, 181a.E.

1808 Exemplarisch die Botschaft StGB I, 1089: «der «wirtschaftlich Berechtigte», das heisst
der wahre Geschäftspartner»; s. auch oben Rz. 218, Rz. 222 f., Rz. 226, Rz. 294.

1809 Vgl. dazu oben Rz. 754.

1810 S. dazu oben Rz. 803.

1.2. Zirkuläre Definitionen

904 Eine Definition ist zirkulär, wenn das Definiendum im Definiens vorkommt.¹⁸¹¹
Die Zirkularität kann eine verdeckte sein, wenn das Definiendum nicht gestaltet
gleich, sondern umformuliert im Definiens vorkommt.¹⁸¹²

905 Solche verdeckt zirkulären Definitionen kommen im Zusammenhang mit
wirtschaftlicher Berechtigung immer wieder vor.¹⁸¹³ Das klassische verdeckt
zirkuläre Definitionsmuster in diesem Zusammenhang definiert den wirtschaftlich
Berechtigten (nicht die wirtschaftliche Berechtigung) als denjenigen,
der ein Objekt direkt oder indirekt kontrolliert. Weder der wirtschaftlich
Berechtigte noch die wirtschaftliche Berechtigung kommen hier offen im
Definiens vor. Allerdings steckt hinter dem Begriff «indirekt kontrollieren»
regelmässig ein Verweis auf die wirtschaftliche Berechtigung,¹⁸¹⁴ die wiederum
als Teilelement den wirtschaftlich Berechtigten enthält. Damit liegt eine
verdeckt zirkuläre Definition vor. Eine Umformulierung des obigen Definitionsmusters
legt dies offen: Wirtschaftlich berechtigt ist, wer das Objekt direkt kontrolliert
oder daran wirtschaftlich berechtigt ist.

906 Es ist offensichtlich, dass solche zirkulären Definitionen nicht zur Operationalisierung
taugen. Sie führen nur scheinbar zu einer Konkretisierung und
Nutzbarmachung des Konzepts, ohne die entscheidenden Fragen zu klären.

2. Konkretisierung durch Fallgruppen

907 Aus rechtsdogmatischen Gründen muss die Konkretisierung des Kontrollbegriffs
mittels Fallgruppenbildung erfolgen.¹⁸¹⁵ Fallgruppen sind idealtypische
Konstellationen, die ein normatives und ein empirisches Moment aufweisen.¹⁸¹⁶
Ersteres ergibt sich insb. aus der Orientierung am Zweck, Letzteres aus der
Orientierung an tatsächlichen charakteristischen Erscheinungen, d.h. aus
Instantiierungstypen¹⁸¹⁷.

908 Diese Orientierung an Instantiierungstypen legt nahe, die Fallgruppen
induktiv aus der Praxis zu gewinnen.¹⁸¹⁸ Das nicht zuletzt, weil eine deduktive

1811 HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 313.

1812 HERBERGER/SIMON, Wissenschaftstheorie, 313.

1813 S. dazu oben Rz. 281, Rz. 346, Rz. 434.

1814 Vgl. dazu exemplarisch oben Rz. 233. Zusätzlich zu diesem und den oben in FN 1813
genannten Beispielen finden sich solche Bezugnahmen auf indirekte Beteiligungen
auch in Art. 7 Abs. 1 VGS, Art. 72b Abs. 2 VZAE sowie Art. 15 Abs. 2 VAwG.

1815 S. dazu oben Rz. 805.

1816 S. dazu oben Rz. 806.

1817 Vgl. dazu oben Rz. 614.

1818 S. dazu oben Rz. 807.

Gewinnung ebendieser Fallgruppen nicht möglich ist.¹⁸¹⁹ Aus logischer Sicht stellt sich dann zwangsläufig die Frage, wie diese Induktionsbasis (also Einzelfallentscheide) initial zustande kommen soll, wenn die (erste) Entscheidung eine solche Induktionsbasis voraussetzt.¹⁸²⁰ Die logische Unmöglichkeit dieses Vorgehens ist augenfällig.

Somit ist sowohl die deduktive wie die induktive Gewinnung von Fallgruppen ausgeschlossen. Es bleibt nur die normerschöpferische Gewinnung von Fallgruppen, die sich – einerseits mangels Alternativen¹⁸²¹ und andererseits konzeptuell bedingt¹⁸²² – am Zweck orientiert.

Betreffend die Fallgruppen ist in Erinnerung zu rufen, dass diese keine absolut trennscharf definierten Erscheinungen sind; sie sind Teil des beweglichen Systems des Typus und beschreiben die Grundlinien der fraglichen Erscheinungen.¹⁸²³

Eingedenk dieser Erkenntnisse wird nachfolgend aufgezeigt, wie die Fallgruppenbildung für den Kontrollbegriff (und damit dessen Operationalisierung) vonstattengehen soll. Anzumerken ist auch hier, dass es nicht darum geht, konkrete Norminhalte zu definieren, geht es doch um die Operationalisierung auf Stufe Grundkonzept.¹⁸²⁴

2.1. Zweck als Leitstern und Prüfstein

Aus funktionalen Gründen ist der Zweck für die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung von ausserordentlicher Wichtigkeit.¹⁸²⁵ Zudem macht die funktional bedingte Unschärfe eine klare Bestimmung der Ratio notwendig und die Fallgruppenbildung orientiert sich am Normzweck.¹⁸²⁶ Der Zweck wird so zum Leitstern der Fallgruppenbildung.¹⁸²⁷

Bei der Zweckbestimmung ist zu beachten, dass sie sich nicht in einer Scheinkonkretisierung¹⁸²⁸ erschöpfen sollte. Wird als Zweck bspw. die Erfas-

1819 S. dazu oben Rz. 807.

1820 Vgl. WEBER, Konkretisierung, 539.

1821 Vgl. dazu oben Rz. 668.

1822 S. dazu oben Rz. 670.

1823 S. dazu oben Rz. 809, Rz. 812.

1824 S. dazu oben Rz. 884.

1825 S. dazu oben Rz. 666 ff.

1826 S. dazu oben Rz. 806.

1827 Vgl. WIEDEMANN, Rechtssicherheit, 215; ferner GRUSCHKE, Vagheit, 117 f.; s. auch BGE 136 II 304 E. 7.4., wo das Gericht mit Blick auf den weit gefassten Tatbestand von Art. 20 aBEHG festhielt, dass sich der «wahre Sinn von Art. 20 BEHG [...] aus dessen Zielsetzung [erschliesse]»; diesbezüglich ähnlich SCHENKER, Übernahmerecht, 98.

1828 S. dazu oben Rz. 901 ff.

sung des wahren Berechtigten angegeben,¹⁸²⁹ wäre das nichts anderes als eine Scheinkonkretisierung oder allenfalls ein zirkulärer Rückgriff auf den – durch den Zweck zu konkretisierenden – Begriff selbst.

914 Der Zweck dient im Rahmen der Fallgruppenbildung auch als Prüfstein. Die Bildung einer Fallgruppe sollte nämlich stets im Lichte des Zwecks auf ihre Funktionalität überprüft werden. Die Untersuchung hat gezeigt, dass teilweise Konstellationen, die gemäss dem Normzweck erfasst sein müssten, nicht (oder nicht ohne methodisch fragwürdige Auslegungsakrobatik) erfasst werden.¹⁸³⁰ Dies kann verhindert werden, indem zunächst für diverse mögliche Instantiierungen mit Blick auf Normzweck und -funktion entschieden wird, ob diese Instantiierungen konzeptuell erfasst sein sollen oder nicht. Danach muss überprüft werden, ob diese Instantiierungen bei Anwendung des jeweiligen Konzepts (also in der Rechtsanwendung) tatsächlich zum von Normzweck und -funktion verlangten Ergebnis führen. Diese Prüfung sollte insb. die erfahrungsgemäss schwierigen Fälle einbeziehen, wie bspw. Trusts oder kollektive Kapitalanlagen,¹⁸³¹ sowie Spezialkonstellationen innerhalb dieser schwierigen Fälle, wie – um bei den eingangs erwähnten Beispielen zu bleiben – Revocable Trusts oder Single Investor Funds.

915 Die Doppelfunktion des Zwecks als Leitstern und Prüfstein ergibt sich im Übrigen auch aus der Umgehungsverhinderungsfunktion.¹⁸³² Damit zeigt sich erneut die enge funktionale Verknüpfung der Funktionen und Charakteristika des Grundkonzepts.

2.2. Fallgruppenbildung

916 Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich der Kontrollbegriff jeweils auf gewisse typische Konstellationen bezieht (insb. Treuhand, Strohmann, zwischengeschaltete juristische Person) und stark vom Normzweck geprägt ist. Die Verbindung dieser beiden Aspekte, d.h. des empirischen und des normativen Elements, machen ihn zum normativen Realtypus.¹⁸³³ Daraus erhellt, wie die Fallgruppenbildung vorzunehmen ist. Zunächst müssen die zu erfassenden Realtypen bestimmt werden (bspw. Treuhand, Sitzgesellschaft). Diese müssen unter Rückgriff auf den Zweck auf ihre Funktionalität geprüft und zu

1829 Vgl. dazu etwa oben Rz. 71, Rz. 132.

1830 Stichwort: Treuhandkonstellationen bei falscher Objektanknüpfung (s. dazu oben Rz. 390 f.).

1831 Die Schwierigkeit ergibt sich hier u.a. daraus, dass regelmässig die wirtschaftliche Risikotragung und die Kontrolle auseinanderfallen.

1832 S. dazu oben Rz. 697.

1833 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 465.

Fallgruppen ausgeformt werden.¹⁸³⁴ Es geht also um ein Hin- und Herwandern zwischen initial anvisierten Archetypen und Normzweck, wobei Letzterer Leitstern dieses Vorgehens ist.¹⁸³⁵

Es stellt sich im Anschluss an die Fallgruppenbildung die Frage, wie mit 917
Konstellationen umzugehen ist, die keiner Fallgruppe zuzuordnen sind. Naliegend erschiene es, diese Fälle als nicht unter den Kontrollbegriff fallend zu betrachten, womit ein negatives Ergebnis vorläge. Mit Blick auf die Umgehungsverhinderungsfunktion,¹⁸³⁶ die insb. der Willkür der Rechtsunterworfenen begegnen soll,¹⁸³⁷ würde eine derartige Petrifizierung der Fallgruppen einer zentralen Funktion des Grundkonzepts zuwiderlaufen. Die funktional bedingte Unschärfe würde auf dem Wege der Fallgruppenbildung beseitigt.¹⁸³⁸ Die bloße Nichtzugehörigkeit einer Konstellation zu einer Fallgruppe führt also nicht zwingend zu einem negativen Ergebnis. Vielmehr muss der konkrete Einzelfall (ausserhalb der Fallgruppen) einer genaueren Prüfung unterzogen werden.

Da es in dieser Konstellation sowohl an einer tatbestandlich gefestigten 918
Norm wie auch an einer einschlägigen Fallgruppe mangelt, kommt nur eine Einzelfalllösung in Betracht.¹⁸³⁹ Diese hat sich an den jeweils relevanten Wertungskriterien zu orientieren.¹⁸⁴⁰ Damit ist der Rechtsanwender in solchen Fällen wieder (aber nun ausschliesslich) auf den Zweck zurückgeworfen.

Einer Ablehnung¹⁸⁴¹ der (am Zweck orientierten) Fallgruppenbildung ist 919
entgegenzuhalten, dass die klassische Auslegung kein gangbarer Weg ist. In Anbetracht dessen, dass der Wortlaut kaum Anhaltspunkte liefert, das historische Element regelmässig ebenso wenig hilft und die untergeordneten Konzepte teilweise singuläre Erscheinungen im jeweiligen Normkontext sind

1834 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 468 f., wonach der «Blick von vorneherein ebensowohl auf die soziale Realität [...] wie auf die Regelungszwecke» zu richten ist, wobei «[d]er leitende Gesichtspunkt [...] stets ein normativer» ist.

1835 S. dazu oben Rz. 912 sowie FN 1834.

1836 S. dazu oben Rz. 693 ff.

1837 S. dazu oben Rz. 775, Rz. 781.

1838 Vgl. dazu oben Rz. 761 ff., Rz. 774 ff.

1839 Vgl. KAMANABROU, Generalklauseln, 675. Diese Autorin wendet dieses Vorgehen auch an, wenn sich noch keine Fallgruppen gebildet haben (ebd.), womit letztlich immer Einzelfallentscheidungen vorlägen, da die Fallgruppen initial (d.h. vor ihrer Häufung bzw. Verdichtung zu Fallgruppen) auch nur solche Einzelfallentscheidungen wären. WEBER, Konkretisierung, 553 ff. lehnt die Abstraktion zu Fallgruppen rundweg ab, da sie die gewollte Unbestimmtheit vorschnell reduziere und fordert in jedem Fall eine wertende Einzelfallentscheidung.

1840 KAMANABROU, Generalklauseln, 675; WEBER, Konkretisierung, 563 f.

1841 S. dazu oben FN 1839.

(bspw. die GAFI-Meldepflichten im OR), bliebe auch der klassischen Auslegung nur der Weg über die teleologische Auslegung.¹⁸⁴² Diese würde aber ohne Fallgruppenbildung, also ohne Bezugnahme zu anderen (ähnlichen) Konstellationen, Gefahr laufen, zu einer inkohärenten Sammlung von Einzelfällen zu führen. Es führt also kein Weg an der Fallgruppenbildung vorbei.

2.3. Rechtstatsächliches zur Fallgruppenbildung

- 920 Die dogmatisch angezeigte Fallgruppenbildung lässt sich in rechtstatsächlicher Hinsicht beobachten, wenn auch nicht zwingend unter der Bezeichnung der Fallgruppenbildung. So beschäftigt sich etwa die Doktrin regelmässig mit Fallgruppen, einfach u.a. Bezeichnungen.¹⁸⁴³ Ein Fall von legislativer Fallgruppenbildung ist Art. 11 FinfraV-FINMA,¹⁸⁴⁴ denn diese Norm bestimmt (in nicht abschliessender Weise) gewisse typische Fallkonstellationen des indirekten Erwerbs.¹⁸⁴⁵ Die (legislative) Fallgruppenbildung scheint im Übrigen einem Bedürfnis der Regelungsadressaten zu entsprechen.¹⁸⁴⁶ Wünschenswert wäre des Weiteren eine reichhaltige publizierte Behörden- und/oder Gerichtspraxis. Diese könnte nicht nur (als Basis) zur Fallgruppenbildung dienen, sondern als (bundesgerichtlich angemahnte) flankierende Massnahme im Umgang mit der konzeptuellen Unbestimmtheit.¹⁸⁴⁷ Mit Blick auf die Dogmatik der Fallgruppenbildung¹⁸⁴⁸ wäre diesbezüglich begrüssenswert, wenn sich diese Praxis nicht ausschliesslich auf Ausführungen zum

1842 Vgl. dazu oben Rz. 668.

1843 S. etwa BAUER-BALMELLI-Komm. VStG, Art. 21 N 13 («den folgenden *typischen Sachverhalten*» [Hervorhebung im Original]); DETTWILER/HESS-BSK OR II, Art. 697j N 38 ff. («typische Konstellation»); EGLE, Anonymität, Rz. 751 ff. («häufig auftretende Konstellationen»); LIEBI/CONOD-SHK GwG, Art. 4 N 46 («Fallkonstellationen»); LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 539 ff. («verschiedener konkreter Ausprägungen»); SPOERLÉ-ZK OR, Art. 697j N 65 ff. («Typische Fälle»).

1844 Vgl. JUTZI/SCHÄREN-SK FinfraG, Art. 120 N 170; WEBER/BAISCH-BSK FinfraG, Art. 120 N 118.

1845 S. dazu oben Rz. 246, Rz. 279.

1846 FINMA, Finanzmarktinfrastukturverordnung-FINMA (FinfraV-FINMA) – Bericht der FINMA über die Anhörung vom 20. August bis 2. Oktober 2015 zum Entwurf der FinfraV-FINMA vom 9. Dezember 2015, 20; vgl. ferner Global Forum, Review 2020, Rz. 90; SIF, Ergebnisbericht, 20 a.E.

1847 BGE 136 II 304 E. 7.6.: «Erweisen sich offene Formulierungen als unverzichtbar, kann es sodann erforderlich sein, die entsprechende Unschärfe des Gesetzestextes durch flankierende Massnahmen zu kompensieren. Dazu können etwa besondere Mechanismen dienen, die Transparenz dazu schaffen, wie die rechtsanwendenden Behörden die Bestimmung verstehen und anzuwenden gedenken, und welche die Normadressaten auf geeignete Weise wahrnehmen können»; ähnlich BGE 125 I 369 E. 6; s. ferner oben Rz. 787 f., Rz. 814 f.

1848 S. dazu oben Rz. 916 ff.

Einzelfall beschränken würde, sondern die dem Entscheid zugrunde liegenden Wertungskriterien offenlegen und so Leitlinien für weitere Fälle aufzeigen würde.

VI. Erkenntnisse für die Operationalisierung untergeordneter Konzepte

Die Untersuchung hat gezeigt, wie das Grundkonzept operationalisiert werden muss. Das Grundkonzept ist jedoch keine in der Rechtswirklichkeit zu operationalisierende Erscheinung, sondern ein gedankliches Konstrukt.¹⁸⁴⁹ Seine Operationalisierung dient dem Zweck, Erkenntnisse für die Operationalisierung untergeordneter Konzepte zu gewinnen. Diese Operationalisierung geschieht nicht auf der grünen Wiese, sondern vor dem Hintergrund erlassener Bestimmungen, d.h. normierter untergeordneter Konzepte.

Die Erkenntnisse zur Operationalisierung des Grundkonzepts sollen nun entsprechend für die Operationalisierung untergeordneter Konzepte fruchtbar gemacht werden. Daraus ergeben sich zwangsläufig auch Erkenntnisse über die Gesichtspunkte, die der Gesetzgeber beim Erlass neuer untergeordneter Konzepte beachten sollte.

A. Operationalisierung de lege lata

Die Operationalisierung eines normierten Konzepts muss sich naturgemäss in das Korsett der gesetzgeberischen Entscheidungen zwängen, auch wenn das im Einzelnen konzeptuelle Unzulänglichkeiten mit sich bringt.

In einem ersten Schritt muss das untergeordnete Konzept gemäss den Strukturelementen des Grundkonzepts aufgegliedert werden. Die einzelnen Strukturelemente sind dabei mit den üblichen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Danach muss die Subjekt-Objekt-Relation – in einem zweiten Schritt – durch Fallgruppenbildung vor dem Hintergrund des Zwecks und der inhärenten Wertungskriterien konkretisiert werden. Es muss darauf geachtet werden, dass nicht der Versuch erfolgt, die konzeptuell bedingte Unschärfe dieses Elements wegzudefinieren.

Eine Ausnahme gilt für diejenigen untergeordneten Konzepte, die im Bereich der Subjekt-Objekt-Relation ausschliesslich mit trennscharfen und starren Zuordnungskriterien operieren, wie etwa Prozentschwellen bei Beteiligungen. In solchen Fällen stellt sich zwar die Frage, ob das konzeptuell

¹⁸⁴⁹ Vgl. dazu oben Rz. 646 ff., Rz. 660 ff.

sinnvoll ist,¹⁸⁵⁰ doch ist der gesetzgeberische Entscheid zu akzeptieren. Man könnte versucht sein, solche Grenzziehungen als eine Art legislative Fallgruppenbildung zu betrachten. Doch einer starren Grenzziehung fehlt die der Fallgruppenbildung inhärente Flexibilität und Beweglichkeit.¹⁸⁵¹ Anders liegt der Fall dort, wo eine solche Grenzziehung mit einer Auffangklausel ergänzt wird, aber nur, wenn diese Auffangklausel der fixierten Grenzziehung gleichgeordnet ist und nicht bloss – für den Fall des Fehlens einer solchen fixierten Relation – als zweiter Prüfschritt zu beachten ist.¹⁸⁵²

B. Operationalisierung de lege ferenda

926 Aus den Erkenntnissen zur Rechtsnatur des Grundkonzepts, dessen Eigenschaften und Operationalisierung ergeben sich einige Anforderungen an den Gesetzgeber beim Erlass neuer¹⁸⁵³ untergeordneter Konzepte.

927 Für eine konzeptuell stimmige, widerspruchsfreie Normierung ist zunächst erforderlich, dass das zu erlassende untergeordnete Konzept strukturiert wird.¹⁸⁵⁴ Es muss also eine Aufgliederung in Subjekt, Objekt, Subjekt-Objekt-Relation sowie Zweck und Funktion erfolgen. Nach dieser Strukturierung müssen diese Elemente festgelegt und dann die Subjekt-Objekt-Relation konkretisiert werden.

1. Festlegung von Zweck, Funktion, Subjekt und Objekt

928 Aufgrund der hohen Zweckrelevanz¹⁸⁵⁵ muss der Zweck klar bestimmt sein. Er muss sich zwar nicht, was eher unüblich wäre, direkt aus der Normierung ergeben, sollte aber zumindest deutlich aus den Materialien ersichtlich sein. Der Gesetzgeber muss sich und den Rechtsunterworfenen Rechenschaft über die Zwecksetzung und die zugrunde liegenden Wertungskriterien ablegen.

1850 S. dazu oben Rz. 774 ff.

1851 S. dazu oben Rz. 770 ff.

1852 Ein Beispiel vermag die Problematik zu erhellen: Wird für die Subjekt-Objekt-Relation bspw. darauf abgestellt, dass an einer juristischen Person eine Beteiligung von mehr als 25% gehalten oder sie auf andere Weise kontrolliert wird (vgl. etwa Art. 2a Abs. 3 GWG; s. dazu oben Rz. 342 ff.), kann die Grenzziehung von 25% als legislativ gebildete Fallgruppe betrachtet werden, da gleichzeitig andere Fallgruppen möglich bleiben («oder auf andere Weise kontrolliert»). Ist die Kontrolle auf andere Weise nur zu prüfen, wenn keine 25%-Beteiligung vorliegt, also nur als zweiter Prüfschritt, liegt primär ein streng formelles Kriterium vor, dass der Fallgruppenbildung letztlich widerspricht (vgl. dazu oben Rz. 346 f.).

1853 Mit Blick auf die rechtspolitischen Aktivitäten (s. dazu oben Rz. 3 f.) ist damit zu rechnen.

1854 Vgl. dazu oben Rz. 880.

1855 S. dazu oben Rz. 666 ff.

Er sollte sich dabei insb. vor Scheinkonkretisierungen hüten.¹⁸⁵⁶ Ähnliches gilt für die Funktion, denn eine klare Funktionsbestimmung gibt ebenfalls wichtige Hinweise für die Fallgruppenbildung betreffend die Subjekt-Objekt-Relation.

Subjekt und Objekt sind mit so bestimmten Rechtsbegriffen festzulegen, 929 dass eine direkte Subsumtion möglich ist.¹⁸⁵⁷ Nur gerade bei subjekt- oder objektseitigen Personenmehrheiten ist eine solch bestimmte Festlegung nicht möglich, denn es ergeben sich komplexere Problemkonstellationen.¹⁸⁵⁸ Hier bedarf es eines ausdifferenzierten Gruppenkonzepts oder Ähnlichem.¹⁸⁵⁹ Auf jeden Fall sollte eine Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Personenrelationen vorgenommen werden.¹⁸⁶⁰

2. Festlegung und Konkretisierung der Subjekt-Objekt-Relation

Die Festlegung der Subjekt-Objekt-Relation kann konzeptuell bedingt nicht 930 mit trennscharfen, direkt subsumtionsfähigen Begriffen erfolgen.¹⁸⁶¹ Vielmehr muss mit notwendigerweise unscharfen Begriffen gearbeitet werden, die mittels Fallgruppenbildung konkretisiert werden müssen.¹⁸⁶² Welche (zu konkretisierenden) Begriffe im Einzelnen gewählt werden, muss der Gesetzgeber mit Blick auf Zweck und Funktion des zu erlassenden untergeordneten Konzepts entscheiden.¹⁸⁶³ Kern der Subjekt-Objekt-Relation bildet jedenfalls immer der Begriff der Kontrolle.¹⁸⁶⁴

Zur Wahl der konstituierenden Begriffe der Subjekt-Objekt-Relation kann 931 in Anbetracht der vielen Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers abstrakt kaum etwas gesagt werden.¹⁸⁶⁵ Zwei Aspekte der Kontrolle sind jedoch regelmässig unklar und sollten deshalb definiert werden. Zum einen sollte festgehalten werden, ob die Kontrolle rechtlich abgesichert sein muss oder ob faktische Kontrolle ausreicht. Zum anderen sollte klar sein, ob es einer tatsächlichen Kontrollausübung bedarf oder ob die blossе Kontrollmöglichkeit ausreichend ist.

1856 S. dazu oben Rz. 913.

1857 S. dazu oben Rz. 892, Rz. 894.

1858 Vgl. dazu oben Rz. 716 ff., Rz. 747 ff., Rz. 893, Rz. 895.

1859 Vgl. dazu oben Rz. 720.

1860 Vgl. dazu oben Rz. 237.

1861 S. dazu oben Rz. 781 ff., Rz. 813.

1862 S. dazu oben Rz. 804 ff., Rz. 815.

1863 Vgl. dazu oben Rz. 552 ff.

1864 S. dazu oben Rz. 753 f.

1865 Vgl. dazu oben Rz. 552 ff.

- 932 Zur Wahl der konstituierenden Begriffe wie auch der Zwecksetzung und der Funktionen lassen sich also keine abstrakten Aussagen machen. Diese Aspekte müssen für jedes untergeordnete Konzept durch den Gesetzgeber festgelegt werden. Entsprechend können auf Stufe Grundkonzept keine Fallgruppen gebildet werden. Ungeachtet dessen lassen sich zur Konkretisierung mittels Fallgruppen einige allgemeine Ausführungen machen. Um ebendiese (abstrahierte) Konkretisierung wird es nachfolgend gehen.

2.1. Bestimmung des zulässigen Unschärfegrades

- 933 In einem ersten Schritt muss der zulässige Grad der Unbestimmtheit bzw. der zulässige Unschärfegrad bestimmt werden.¹⁸⁶⁶ Die Untersuchung hat gezeigt, dass im Bereich des Grundkonzepts bzw. der untergeordneten Konzepte eine erhöhte Unbestimmtheit grundsätzlich zulässig ist.¹⁸⁶⁷

- 934 Abgesehen von dieser grundsätzlichen Zulässigkeit erhöhter Unschärfe hängt der Grad der zulässigen Unschärfe von den möglichen Rechtsfolgen ab. Damit ist er normkontextabhängig, denn aus dem Grundkonzept als solchem ergeben sich keine Rechtsfolgen.¹⁸⁶⁸ Je nach Unbestimmtheitsgrad und mit dem untergeordneten Konzept verknüpften Rechtsfolgen drängen sich die bundesgerichtlich angemahnten flankierenden Massnahmen auf.¹⁸⁶⁹

- 935 Der zulässige Unbestimmtheitsgrad hängt auch von den Normadressaten ab, denn unbestimmte Normen erfordern höhere Qualitäten der Rechtsanwender.¹⁸⁷⁰ Somit bedürfen untergeordnete Konzepte, die sich an ein teilweise nur beschränkt rechtskundiges Publikum richten (etwa die GAFI-Meldepflichten im OR), höherer Konkretisierung als solche, die sich an ein fachkundiges Publikum richten (wie die GwG-Bestimmungen).

2.2. Fallgruppenbildung

- 936 Bei der Fallgruppenbildung stellen sich im Wesentlichen zwei zentrale Fragen. Einerseits muss bestimmt werden, wie die Fallgruppenbildung vorgenommen werden muss. Andererseits ist zu bestimmen, wo die Fallgruppenbildung verankert wird.

1866 MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 250 betrachten diesen Schritt ganz allgemein als Teil der Rechtssetzungstechnik.

1867 S. dazu oben Rz. 761 ff., Rz. 792 f.

1868 S. dazu oben Rz. 741, Rz. 750 ff.

1869 S. dazu oben Rz. 787.

1870 MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 251.

2.2.1. Bestimmung der Fallgruppen

Die Fallgruppenbildung weist ein normatives und ein empirisches Moment auf.¹⁸⁷¹ Ersteres beschränkt sich im Kontext des Grundkonzepts im Wesentlichen auf den Zweck.¹⁸⁷² Letzteres bezieht sich auf idealtypische (zu erfassende) Konstellationen.¹⁸⁷³ Die beiden entscheidenden Kriterien für die Fallgruppenbildung sind also der Zweck und die idealtypischen Konstellationen. Es stellt sich nun die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Aspekte zueinander stehen und wie bei der Fallgruppenbildung vorzugehen ist.

Der Gesetzgeber wird wahrscheinlich zu Beginn des Normsetzungsprozesses eine (mindestens rudimentäre) Vorstellung vom Normzweck und/oder den zu erfassenden typischen Konstellationen haben. Die Vorstellung vom Normzweck dürfte sich dabei meist aus der Motivation zur Normierung ergeben; der Gesetzgeber tritt mit einer bestimmten Motivation an den Regelungsgegenstand heran. Ebenso wird der er eine Vorstellung der zu erfassenden «klassischen Konstellationen» haben, womit einige «Ur-Fallgruppen», zumindest im Sinne einer Arbeitshypothese, feststehen werden.

In einem zweiten Schritt müssen, je nachdem, welcher Aspekt initial feststeht, entweder vom Zweck ausgehend die wichtigsten zu erfassenden idealtypischen Konstellationen bestimmt werden oder von den «Ur-Fallgruppen» ausgehend der Zweck umrissen werden. Mit diesem zweiten Schritt ist der Prozess nicht abgeschlossen. Es muss nun mit Blick auf den Zweck überprüft werden, ob die initial bestimmten Fallgruppen effektiv erfasst werden sollen und ob sie von der konkret gewählten Normierung tatsächlich erfasst werden.¹⁸⁷⁴ Darauf folgt allenfalls eine Nachjustierung des Zwecks, die wiederum eine Nachjustierung der Fallgruppen mit sich bringen kann. Die Fallgruppenbildung ist also ein Hin- und Herwandern zwischen den zu erfassenden Konstellationen und dem Normzweck. Es ist ein iterativer Prozess, bei dem unerheblich ist, welcher Aspekt der Fallgruppenbildung (Zweck oder typische Konstellationen) dessen Ausgangspunkt ist. Im Rahmen dieses Prozesses, der eine Schärfung der Vorstellung über den Zweck mit sich bringt, sollten die der Normierung zugrunde liegenden Wertungskriterien immer deutlicher zutage treten. Dieser Aspekt ist für die Entscheidung von Fällen ausserhalb der so bestimmten Fallgruppen entscheidend.¹⁸⁷⁵

1871 S. dazu oben Rz. 806, Rz. 916.

1872 Vgl. dazu oben Rz. 668.

1873 S. dazu oben Rz. 806, Rz. 916.

1874 S. dazu oben Rz. 914.

1875 S. dazu oben Rz. 917 f.

940 Bei der Fallgruppenbildung ist im Übrigen darauf zu achten, dass sie sich nicht in zirkulären Definitionen erschöpft. So wäre etwa der verbreitete Verweis auf die zu erfassende indirekte Beteiligung aufgrund seiner zirkulären Natur nicht hilfreich.¹⁸⁷⁶ Des Weiteren sollte die Fallgruppenbildung sich mit komplexeren Konstellationen¹⁸⁷⁷ befassen und sich nicht etwa mit dem Hinweis auf Treuhand, Strohmännchen oder Ähnliches begnügen. Zum einen wird nämlich meist klar sein, dass solche Konstellationen erfasst sind, sodass das Festhalten dieser Fallgruppen kaum einen Erkenntnisgewinn mit sich bringt. Zum anderen zwingt das Festhalten dieser Banalitäten den Gesetzgeber nicht dazu, sich mit den Basiswertungen¹⁸⁷⁸ und den Details seiner Normierung auseinanderzusetzen. Damit fehlen dann die Instrumente, um mit komplexeren Konstellationen (bspw. mehrstufigen Beteiligungsstrukturen) rechtsicher umzugehen.

2.2.2. Verortung der Fallgruppenbildung

941 Nachdem feststeht, wie die Fallgruppenbildung vorzunehmen ist, muss geklärt werden, wo die Fallgruppen zu verorten sind. Grundsätzlich steht es dem Normsetzer frei, ob er die Fallgruppenbildung legislativ vornehmen will, sie in den Materialien erwähnt oder sie (ganz oder teilweise) Lehre und Praxis überlässt. Er muss sich bei dieser Entscheidung aber an den im ersten Schritt gewonnenen Erkenntnissen betreffend die zulässige Unschärfe orientieren, d.h. an rechtsstaatlichen Kriterien.¹⁸⁷⁹

942 Aus rechtsstaatlicher Sicht am besten ist naturgemäss die Abbildung der Fallgruppen – zumindest der wichtigsten – in der Norm selbst.¹⁸⁸⁰ Die Normierung kann auch dem Verordnungsgeber überlassen werden.¹⁸⁸¹ Aus dogmatischen Gründen¹⁸⁸² ist ein exemplifikatorischer Katalog die beste Lösung.¹⁸⁸³

943 Auch wenn sich der Normgeber – aus welchen Gründen auch immer – gegen eine solche Normierung entscheidet, sollte er sich im Normierungsprozess Gedanken über die Fallgruppenbildung machen. Begrüssenswert wäre

1876 Vgl. dazu oben Rz. 233.

1877 S. dazu oben Rz. 914 a.E.

1878 Diese Wertungen sollten in den Materialien aufscheinen, da sie wertvolle Hinweise für den Umgang mit Konstellationen ausserhalb der Fallgruppen geben (s. dazu oben Rz. 917 f.).

1879 S. dazu oben Rz. 933 ff.

1880 Vgl. dazu WEBER, Konkretisierung, 543 ff.

1881 Vgl. dazu oben Rz. 920.

1882 S. dazu oben Rz. 809, Rz. 917.

1883 So z.B. Art. 11 FinfraV-FINMA.

deshalb, wenn in einem solchen Fall die Fallgruppen oder zumindest die angestellten Überlegungen in den Materialien aufscheinen würden. Das hätte, nebst grösserer Klarheit betreffend die Fallgruppen und indirekt betreffend die zugrunde liegenden Wertungskriterien, zur Folge, dass im Rechtsanwendungsprozess ein ansonsten regelmässig stumm bleibendes Element, nämlich das historische,¹⁸⁸⁴ zum Sprechen gebracht werden könnte.

Möglich – und bisher oft notgedrungene Realität – ist auch, die Fallgruppenbildung Lehre und Praxis zu überlassen.¹⁸⁸⁵ Das ist jedoch der Rechtssicherheit abträglich¹⁸⁸⁶ und insb. dann problematisch, wenn sich der Gesetzgeber nicht nur bezüglich der Fallgruppenbildung, sondern auch hinsichtlich Zwecksetzung und Basiswertung aus der Verantwortung stiehlt und die Praxis nur mit einigen Plattitüden bedient.¹⁸⁸⁷ Will der Gesetzgeber die Fallgruppenbildung der Praxis überlassen, sollte er mindestens Klarheit schaffen bezüglich Zweck und Basiswertungen.¹⁸⁸⁸ 944

VII. Schlussbemerkungen

Die Operationalisierung des Grundkonzepts zerfällt im Wesentlichen in zwei Schritte. In einem ersten Schritt muss es in seine Strukturelemente aufgegliedert und müssen diese bestimmt werden. In einem zweiten Schritt muss die dogmatisch bedingt unscharfe Subjekt-Objekt-Relation mittels Fallgruppen konkretisiert werden. 945

Die in der Doktrin regelmässig erwähnten Schwierigkeiten im Umgang mit untergeordneten Konzepten ergeben sich im Wesentlichen aus der Schwierigkeit der Konkretisierung der Subjekt-Objekt-Relation. Diese Schwierigkeit 946

1884 S. dazu oben Rz. 668.

1885 Einen interessanten, aber rechtsstaatlich nicht unbedenklichen Weg hat hier Deutschland in § 51 Abs. 8 GwG-DE gewählt, wonach die Aufsichtsbehörde «Auslegungs- und Anwendungshinweise» zur Verfügung stellen soll, was sie getan hat und darin u.a. den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten konkretisiert hat (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, Oktober 2021, 39 ff.). Ohne Bezug zu dieser gesetzlichen Grundlage hat ferner das deutsche Bundesverwaltungsamt, das als Aufsichtsbehörde über die Betreiberin des Transparenzregisters fungiert (§ 25 Abs. 6 GwG-DE), eine ähnliche erläuternde Publikation mit Fokus auf das Transparenzregister publiziert (Bundesverwaltungsamt, Transparenzregister – Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG) vom 25. Mai 2022).

1886 WEBER, Konkretisierung, 543 ff. spricht der Fallgruppenbildung durch Richterrecht jegliche Bindungswirkung ab.

1887 Vgl. dazu oben Rz. 901 ff., Rz. 904 ff.

1888 Vgl. dazu oben Rz. 912 ff., Rz. 916 ff.

wiederum ist nicht selten (auch) der unklaren Gesetzgebung geschuldet, die nicht nur betreffend die komplexe Subjekt-Objekt-Relation oft im Ungefähren bleibt, sondern regelmässig auch andere Elemente überhaupt nicht oder nicht mit Bestimmtheit definiert.

⁹⁴⁷ Aus dogmatischer Sicht nachvollziehbar und begründet sind nur die durch die normative Unschärfe bedingten Schwierigkeiten im Bereich der Subjekt-Objekt-Relation. Alle anderen Aspekte des Grundkonzepts sollten – mit Ausnahme allenfalls zu erfassender subjekt- oder objektseitiger Personenmehrheiten – bei der Operationalisierung und auch im Rahmen der Rechtsanwendung keine besonderen Probleme bereiten.

§ 19 Schlussbemerkungen zu Teil III

Ziel von Teil III dieser Untersuchung war die dogmatische Betrachtung und Erfassung des Grundkonzepts wirtschaftlicher Berechtigung mit dem Gedanken, dass dies als Lösungsreservoir für den Umgang mit untergeordneten Konzepten dienen kann. Vor der Schwierigkeit, Unmöglichkeit oder Irrelevanz dieses Vorhabens wird in der Doktrin allenthalben gewarnt. So wurde auf rechtliche Untiefen,¹⁸⁸⁹ die nichtjuristische Natur des Begriffs¹⁸⁹⁰ oder die Unmöglichkeit rechtlicher Einordnung¹⁸⁹¹ hingewiesen.

Teil III dieser Untersuchung hat gezeigt, dass dies so nicht haltbar ist. Das Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung lässt sich mit dem bekannten rechtlichen Instrumentarium erfassen und dogmatisch ergründen. Aufgrund der Natur des Grundkonzepts als Abstraktion von den untergeordneten Konzepten gilt dies – also die dogmatische Ergründbarkeit – mutatis mutandis auch für die untergeordneten Konzepte.¹⁸⁹² Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine saubere dogmatische Einordnung eines untergeordneten Konzepts nicht zwingend möglich sein muss. Es steht dem Gesetzgeber frei, sich nicht an dogmatische Einteilungen und Feinheiten zu halten, auch wenn dies die Funktionstüchtigkeit eines untergeordneten Konzepts einschränken kann.¹⁸⁹³

Ungeachtet dessen sind die wichtigsten Charakteristika des Grundkonzepts der wirtschaftlichen Berechtigung die folgenden:

- Funktional dient es der Zuordnung von Subjekten zu Objekten (oder umgekehrt) basierend auf dem Zuordnungsargument der Intensität (und allenfalls Beschaffenheit) der Kontrollbeziehung zwischen Subjekt und Objekt. Diese Zuordnungsfunktion ist weder Grund noch Regulativ der

1889 ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 253.

1890 HEIM/WETTSTEIN-PK VSB, Art. 27 Abs. 1 N 10; LUTHIGER, Geldwäschereibekämpfung, Rz. 537.

1891 BASSE-SIMONSOHN, Geldwäschereibekämpfung, 244.

1892 Die mannigfaltigen Auseinandersetzungen mit den untergeordneten Konzepten, die in Teil II aufgezeigt wurden, legen beredtes Zeugnis davon ab, dass die Rechtswissenschaft mit den untergeordneten Konzepten umzugehen weiss, wenn auch nicht immer dogmatisch fundiert (was letztlich Anlass zu dieser Untersuchung gab).

1893 Vgl. ARZT, Rechtsnatur, 189; ferner SCHMIDT, Rechtsdogmatik, 15 ff.

Relation; sie erfasst lediglich Kontrollsverhalte und kategorisiert sie entsprechend dem binären Schematismus «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein».

- 952 – Strukturell gliedert es sich in die funktional verknüpften Elemente Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation. Die Ausgestaltung der Elemente hängt vom konkreten untergeordneten Konzept ab. Tendenziell ist das Subjekt eine (natürliche) Person, das Objekt ein vermögenswertes Rechtsobjekt und die Subjekt-Objekt-Relation eine Kontrollbeziehung, deren (Nicht-)Vorliegen mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise geprüft wird.
- 953 – Dogmatisch handelt es sich um eine Rechtsfigur und einen Begriff mit geringer normativer Dichte. Subjekt und Objekt können zwar mit trennscharfen Begriffen bestimmt werden. Der Kontrollbegriff als Kern der Subjekt-Objekt-Relation ist hingegen ein Typusbegriff. Die funktional erforderliche Flexibilität zur lückenlosen Erfassung der mannigfaltigen rechtlichen, ökonomischen und sozialen Realien verschiedenster Kontrollbeziehungen lässt sich nur mittels eines typenlogischen Begriffs sicherstellen; eine trennscharfe klassenlogische Definition scheidet aus. Der typenlogische Kontrollbegriff muss mittels schöpferisch-konkretisierender Fallgruppenbildung konturiert werden.
- 954 Ungeachtet der grundsätzlichen dogmatischen Erfassbarkeit gibt es (auch dogmatische) Schwierigkeiten im Umgang mit dem Grundkonzept. Die rechtsdogmatischen Schwierigkeiten ergeben sich aus der inhärenten normativen Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation. Diese Unschärfe ist konzeptuell bedingt und kann mit gesteigerter struktureller, funktionaler und teleologischer Bestimmtheit sowie darauf gestützter Fallgruppenbildung handhabbar gemacht werden. Nicht überzeugend sind demgegenüber Ansätze, die versuchen, die Unschärfe zu eliminieren.
- 955 Auch die rechtspraktischen Probleme müssten sich aus der genannten Unschärfe als Kernproblem ergeben, sind doch die anderen Konzeptelemente mit dem üblichen juristischen Handwerkszeug handhabbar. Allerdings ergeben sich auch diesbezüglich teilweise (ohne Not) weitere Probleme, aufgrund der fehlenden Strukturierung und der damit einhergehenden fehlenden Auseinandersetzung mit den Strukturelementen.
- 956 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine dogmatische Erfassung des Grundkonzepts der wirtschaftlichen Berechtigung möglich ist und sich die Probleme im Wesentlichen aus der – betreffend die Subjekt-Objekt-Relation erforderlichen – Fallgruppenbildung ergeben. Die Fallgruppenbildung macht den Umgang mit untergeordneten Konzepten der wirtschaftlichen

Berechtigung (auch in rechtspraktischer Hinsicht) deshalb so schwierig, weil sie naturgemäss nur schwer fassbar ist (und auch sein muss) und ausserhalb der Fallgruppenbildung noch schwerer bestimmbare Einzelfallentscheidungen erforderlich sein können. Treffend ist daher die Bemerkung von MATTHEY: «La quête de l'ayant droit économique relève non pas d'une science exacte, mais de l'art du possible.»¹⁸⁹⁴

1894 MATTHEY, *Notion*, 88a.E.

Teil IV:

Schlussbemerkungen

§20 Erkenntnisse

- 957 Ziel dieser Untersuchung war es, die in der gesamten Rechtsordnung verstreuten «Anwendungsfälle» wirtschaftlicher Berechtigung (im Rahmen dieser Arbeit als untergeordnete Konzepte bezeichnet) in einen rechtsgebietsübergreifenden Kontext zu stellen, sie auf funktionale, inhaltliche und strukturelle Gemeinsamkeiten und Differenzen hin zu untersuchen, kurzum eine Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung herauszuschälen. Dieser Hauptfrage nach einer Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung gingen notwendigerweise die Fragen nach der Historie, allfälligen Verwandtschaften sowie inhaltlichen und strukturellen Gemeinsamkeiten der untergeordneten Konzepte voraus.
- 958 Der Aufbau dieser Untersuchung folgte diesen Fragestellungen und auch die nachfolgende kondensierte Darstellung der Ergebnisse soll dieser Gliederung (und damit der Gliederung der Arbeit) folgen.

I. Vertikalbetrachtung

- 959 Aus rechtshistorischer Sicht lässt sich kein eindeutiger Eintrittspunkt der wirtschaftlichen Berechtigung in die Schweizer Rechtsordnung ausmachen, denn die wirtschaftliche Berechtigung ist weniger plötzlich aufgetaucht als vielmehr langsam ins Schweizer Recht eingesickert.¹⁸⁹⁵ Immerhin ist im Sinne einer gut begründeten Annahme davon auszugehen, dass Art. 305^{ter} StGB die erste Begriffsverwendung im Schweizer Recht beinhaltet. Für die erste Konzeptverwendung kommen auch das VStG und das BankG in Frage.¹⁸⁹⁶
- 960 Klar ist, dass es keinen Stammbaum gibt, der sämtliche untersuchten untergeordneten Konzepte verbinden würde. Es gibt eine geldwäschereirechtlich geprägte Familie untergeordneter Konzepte, von denen aber die übrigen untergeordneten Konzepte (auch untereinander) unabhängig existieren.¹⁸⁹⁷
- 961 In inhaltlicher Hinsicht hat sich bereits in der Vertikalbetrachtung gezeigt, dass sich hinter dem Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung kein einheitliches Konzept verbirgt. Allein im GwG existieren unter diesem Begriff

1895 S. dazu oben Rz. 65.

1896 S. dazu oben Rz. 45.

1897 S. dazu oben Rz. 63 f. sowie Rz. 66.

drei materiell unterschiedliche Konzepte.¹⁸⁹⁸ Mit Blick auf die Struktur ist zu sagen, dass sämtliche untersuchten untergeordneten Konzepte sich in sinnvoller und stimmiger Weise entsprechend der gewählten Strukturierung in Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation aufgliedern lassen.¹⁸⁹⁹

II. Horizontalbetrachtung

Die Horizontalbetrachtung hat bestätigt, dass es kein einheitliches Konzept der wirtschaftlichen Berechtigung gibt. Die inhaltlichen Unterschiede schlagen sich allerdings nicht in begrifflichen Differenzierungen nieder.¹⁹⁰⁰

Trotz der materiellen Unterschiede der untersuchten untergeordneten Konzepte zeigen sich viele funktionale und strukturelle Gemeinsamkeiten.¹⁹⁰¹ Diese Gemeinsamkeiten verdichten sich induktiv zu einem Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung,¹⁹⁰² insb. da die gemeinsamen Elemente funktional zusammenhängen.¹⁹⁰³

Dass es trotz grosser materieller Differenzen und fehlender Verwandtschaft der untergeordneten Konzepte zu den genannten funktionalen und strukturellen Gemeinsamkeiten gekommen ist, dürfte (insb. vor dem Hintergrund der fehlenden rechtshistorischen Verwandtschaft) an einer konvergenten Evolution liegen.¹⁹⁰⁴

III. Dogmatische Betrachtung

Die dogmatische Betrachtung des Grundkonzepts hat gezeigt, dass seine Elemente eine funktionale Einheit bilden, die als Rechtsfigur qualifiziert.¹⁹⁰⁵ Diese hält als Lösungsreservoir Grundsätze für Praxis und Rechtssetzung im Umgang mit untergeordneten Konzepten wirtschaftlicher Berechtigung bereit.¹⁹⁰⁶

1898 S. dazu oben Rz. 362.

1899 S. dazu oben Rz. 443.

1900 S. dazu oben Rz. 584, Rz. 626.

1901 S. dazu oben Rz. 526 f., Rz. 628.

1902 S. dazu oben Rz. 620.

1903 S. dazu oben Rz. 596 ff.

1904 S. dazu oben Rz. 635.

1905 S. dazu oben Rz. 818 ff.

1906 S. dazu oben Rz. 640, Rz. 948.

- 966 In funktionaler Hinsicht ist das Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung geprägt von einer Transparenz-, Zuordnungs- und Umgehungsverhinderungsfunktion sowie, mit Letzterer verbunden, einer hohen Zweckrelevanz.¹⁹⁰⁷ Zwischen diesen Funktionen bestehen Interdependenzen.¹⁹⁰⁸ Zur Zuordnungsfunktion ist insb. anzumerken, dass diese nonpräskriptiv ist, also nicht Grund oder Regulativ der Subjekt-Objekt-Relation ist, sondern Kontrollsverhalte lediglich erfasst und entsprechend ihrer Intensität auf den binären Schematismus «wirtschaftliche Berechtigung: ja oder nein» herunterbricht, womit eine Komplexitätsreduktionsfunktion verbunden ist.¹⁹⁰⁹
- 967 Strukturell besteht das Grundkonzept aus drei Elementen: Subjekt, Objekt und Subjekt-Objekt-Relation. Betreffend die ersten beiden Elemente gibt es, abgesehen von allenfalls zu erfassenden Personenmehrheiten, keine rechtsdogmatischen Schwierigkeiten oder Besonderheiten zu beachten. Subjekt und Objekt lassen sich grundsätzlich mit trennscharfen Begriffen bestimmen.¹⁹¹⁰ Die Subjekt-Objekt-Relation mit ihrer funktional bedingten normativen Unschärfe ist rechtsdogmatisch anspruchsvoller und Ursache für fast alle Schwierigkeiten im Umgang mit dem Grundkonzept wie auch mit den untergeordneten Konzepten.¹⁹¹¹ Ungeachtet dessen tut ein sicherer Umgang mit diesen Problemen not, denn die Subjekt-Objekt-Relation ist die zentrale Funktionsträgerin. Die nachvollziehbare und angezeigte Fokussierung auf dieses Element darf jedoch nicht dazu führen, dass die anderen Elemente vernachlässigt oder weggelassen werden oder die Subjekt-Objekt-Relation kurzerhand mit dem Grundkonzept oder einem untergeordneten Konzept gleichgesetzt wird.
- 968 Vor dem Hintergrund dieser Eigenschaften des Grundkonzepts zerfällt dessen Operationalisierung in zwei Schritte. In einem ersten Schritt muss es in seine Strukturelemente aufgegliedert und müssen diese bestimmt werden. In einem zweiten Schritt muss die dogmatisch bedingt unbestimmte Subjekt-Objekt-Relation mittels Fallgruppen konkretisiert werden.¹⁹¹² Die grössten Stolpersteine bei der Operationalisierung sind die fehlende Strukturierung (d.h. Aufgliederung in Strukturelemente), die inhärente normative Unschärfe der Subjekt-Objekt-Relation, die hohe Zweckorientierung und die Unmöglichkeit einer abschliessenden Legaldefinition.¹⁹¹³

1907 S. dazu oben Rz. 666 ff., Rz. 673 ff.

1908 S. dazu oben Rz. 712 ff.

1909 S. dazu oben Rz. 679 ff.

1910 S. dazu oben Rz. 891 ff., Rz. 894 f.

1911 S. dazu oben Rz. 881.

1912 S. dazu oben Rz. 945.

1913 S. dazu oben Rz. 946 f.

IV. Limitierungen

Auch wenn die Ergebnisse der Untersuchung begründet, plausibel und in sich stimmig sind, gilt es, die untersuchungsspezifischen Limitierungen zu berücksichtigen. 969

Aus dem Untersuchungsziel ergibt sich, dass es um eine dogmatische Grundlegung hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung geht.¹⁹¹⁴ Eine detaillierte Auseinandersetzung mit untergeordneten Konzepten war nicht vorgesehen.¹⁹¹⁵ Zudem ergibt sich aus der Untersuchungsmethodik, dass das Grundkonzept Gegenstand der dogmatischen Betrachtung ist, womit zu den untergeordneten Konzepten nur indirekt Aussagen gemacht werden können.¹⁹¹⁶ 970

Die Untersuchungsmethodik zwingt ferner dazu, eine mehr oder weniger willkürliche Auswahl untergeordneter Konzepte, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, als Gegenstand der Untersuchung zu wählen. Das hat zusammen mit dem induktiven Vorgehen zur Folge, dass die gezogenen Schlüsse aus logischen Gründen nicht zwingend sind, auch wenn sie sich als belastbar erwiesen haben.¹⁹¹⁷ 971

Zu guter Letzt ist daran zu erinnern, dass die Strukturierung gemäss der Arbeitsdefinition möglicherweise einen verfälschenden Effekt hat, auch wenn sich keine Hinweise darauf ergeben haben und sich die Strukturierung als sinnvoll und passend erwiesen hat.¹⁹¹⁸ 972

V. Fazit

Das Ziel dieser Untersuchung, die dogmatische Grundlegung der wirtschaftlichen Berechtigung, wurde erreicht. Die wirtschaftliche Berechtigung bzw. das Grundkonzept der wirtschaftlichen Berechtigung hat sich, allen Unkenrufen zum Trotz, als dogmatisch erfassbares Konzept – genauer: als Rechtsfigur – mit klar umrissenen Charakteristika erwiesen. 973

Zentrale Funktionsträgerin ist die Subjekt-Objekt-Relation. Diesbezüglich sind alle klassischen definitorischen Ansätze zum Scheitern verurteilt. Lehre und Rechtsprechung können sich um noch so wortgewaltige Definitionen, 974

1914 S. dazu oben Rz. 9.

1915 S. dazu oben Rz. 9f., Rz. 18.

1916 S. dazu oben Rz. 631, Rz. 639.

1917 S. dazu oben Rz. 20, Rz. 646ff.

1918 S. dazu oben Rz. 507ff.

dogmatisch findige Analogien, fein ziselierte (Teil-)Elementestrukturen und dergleichen mehr bemühen. All diese Ansätze müssen an den funktionalen (insb. Umgehungsverhinderungsfunktion) und dogmatischen (insb. Typenlogik des Kontrollbegriffs) Charakteristika scheitern. Man mag dies bedauern, kommt aber nicht umhin, es zu akzeptieren. Entsprechend endet diese Untersuchung nicht mit einer Definition, einer klaren inhaltlichen Umschreibung dessen, was sie denn nun ist, die wirtschaftliche Berechtigung. Auch wenn das nach so viel vergossener Tinte wie ein juristischer Treppenwitz anmutet, bleibt diesbezüglich nur die Feststellung: Es kommt darauf an. Ganz so arg ist es aber dann doch nicht; immerhin die Grundstruktur, Funktionen und die wesentlichen dogmatischen Charakteristika wurden umschrieben: Die Grundlinien der Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung.

975 Mit Blick auf die untersuchungsspezifischen Limitierungen stehen eine definitive Validierung der induktiv gewonnenen Ergebnisse sowie ihre fundierte Applikation im Rahmen der untergeordneten Konzepte noch aus. Weitere rechtswissenschaftliche Auseinandersetzungen mit der Thematik werden zeigen, ob und in welchem Mass Korrekturen der hier gewonnenen Erkenntnisse erforderlich sind. Mit weiteren Auseinandersetzungen mit der wirtschaftlichen Berechtigung ist jedenfalls zu rechnen; darauf wird im nachfolgenden § 21 einzugehen sein.

976 Fürs Erste ist zu konstatieren, dass ein Anfang gemacht ist. Die Grundlinien der Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung wurden im Rahmen dieser Untersuchung herausgearbeitet, konturiert und dargestellt. Damit verbunden ist die Hoffnung, der Rechtspraxis dienen zu können und der (weiteren) rechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit der Materie, insb. mit den untergeordneten Konzepten, Anhaltspunkte und Grundlagen für eine weitergehende Systematisierung und Durchdringung des Stoffes zu bieten.

§ 21 Ausblick

Ein Blick in die Kristallkugel ist naturgemäss mit vielen Unwägbarkeiten verbunden. Ungeachtet dessen soll hier ein kurzer Ausblick auf die weitere Entwicklung des Themas der wirtschaftlichen Berechtigung gewagt werden. Um dabei nicht der blossen Spekulation zu verfallen, basiert dieser Ausblick auf einigen im Rahmen dieser Arbeit angetroffenen Trends. Eine auf diesen Trends basierende Extrapolation ermöglicht eine einigermassen fundierte Prognose.

Ein gewichtiger Trend ist die *Ausdehnungstendenz des Geldwäschereirechts*.¹⁹¹⁹ Diese führt unweigerlich dazu, dass auch die wirtschaftliche Berechtigung für immer mehr Aktivitäten und in immer mehr Rechtsbereichen relevant wird. Die GAFI-Meldepflichten im OR sind ein Beispiel für diese Tendenz. Das geplante Schweizer Trustrecht soll ebenfalls eine Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten enthalten.¹⁹²⁰ Überdies wird rechtspolitisch Druck gemacht für ein Transparenzregister, was den BR bereits zur Ausarbeitung einer Gesetzesvorlage bewegt hat, und auch die Ukraine-Krise hat dem Thema rechtspolitischen Schub verliehen.¹⁹²¹

Zu dieser Ausdehnungstendenz im Geldwäschereirecht kommt eine *Ausdehnungstendenz über das Geldwäschereirecht hinaus* hinzu.¹⁹²² Die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten wird insb. auch für die Zwecke des Steuerrechts, namentlich des automatischen Informationsaustausches in Steuer-sachen, fruchtbar gemacht.¹⁹²²

Vermutungsweise mit dieser steuerrechtlichen Thematik zusammenhängend (bzw. Grund für diese Entwicklung) ist ein «wahrhaft weltumspannende[s] *Bedürfnis*[...], aus den unterschiedlichsten Gründen *Vermögenswerte nicht mehr rechtlich, wohl aber immer noch faktisch zu kontrollieren* und zwar möglichst ohne Spuren zu hinterlassen». ¹⁹²³ Entsprechend naheliegend ist es, wenn der Gesetzgeber als Reaktion darauf vermehrt eine transparente Erfassung solcher Verhältnisse vorsieht und den wirtschaftlich Berechtigten zum regulatorischen Anknüpfungspunkt macht.

1919 S. dazu oben Rz. 48.

1920 Bericht Trust, 97f.

1921 S. dazu oben Rz. 4.

1922 MEYER/RYHNER-BSK GwG, Art. 4 N9.

1923 ZULAUF, Gläubigerschutz, Rz. 253 a.E. [Hervorhebungen hinzugefügt].

981 Ganz allgemein scheinen sich solche (wirtschaftlich betrachtende) *regulatorische Anknüpfungen* durchzusetzen: «In zahlreichen Rechtsbereichen setzt sich mehr und mehr eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anstelle einer formalen Anknüpfung an rechtliche Begriffe durch: Die rechtlichen Konsequenzen eines Sachverhalts sollen sich *nicht mehr nur nach formal-rechtlichen Gesichtspunkten* bestimmen, sondern auch oder gar ausschliesslich *aufgrund seiner wirtschaftlichen Auswirkungen*.»¹⁹²⁴ Mit Blick auf diverse juristische «Grossthemen» der Zeit – Transparenz, regulatorisches *level playing field* etc. – ist es naheliegend, Regulierungen nicht an willkürliche Gestaltungen der Rechtsunterworfenen anzuknüpfen, sondern an deren wirtschaftlichen Gehalt.¹⁹²⁵ Dies entzieht den Rechtsunterworfenen (weitgehend) die Möglichkeit der Beeinflussung der Regulierungsanknüpfung. Die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung ist ein mögliches regulatorisches Werkzeug, um das zu tun.

982 All diese Trends und Entwicklungen sprechen für eine *zunehmende Verbreitung und Bedeutung* der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung und – soweit ersichtlich – spricht nichts dagegen.¹⁹²⁶ Entsprechend hat sich – so die Beobachtung im Rahmen der Recherchen für die Untersuchung – die Zahl der rechtswissenschaftlichen Einlassungen zum Thema mit der Zeit deutlich erhöht.

983 Die *Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung* wird also immer wichtiger, und so ist NOBEL zuzustimmen, wenn er festhält, dass für Juristen «auch ein kundiger Umgang gefragt [ist] mit allen neuen Konzepten, die auf den «wirtschaftlich Berechtigten» abzielen».¹⁹²⁷

984 Mit Blick auf die wahrscheinlich zunehmende Bedeutung und Verbreitung der Rechtsfigur¹⁹²⁸ der wirtschaftlichen Berechtigung und vor dem Hintergrund der Untersuchungsergebnisse sind einige Hoffnungen und *Postulate* verbunden. Zunächst ist zu fordern, dass der Gesetzgeber bei künftigen Rechts-

1924 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Gesellschaftsrecht, § 10 Rz. 239; ähnlich NOBEL, Wirtschaftsrecht?, 980.

1925 Vgl. etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Gesellschaftsrecht, § 10 Rz. 240 ff. Der berühmte Sika-Fall drehte sich letztlich auch um solche Fragen (vgl. nur AUBERSON CAMILLE / OPPLIGER DAMIEN, L'affaire Sika: un exemple en faveur d'une approche économique des transferts d'actions soumis à l'agrément de la société, SZW 2015, 614 ff., *passim*).

1926 Der Schreibende ist sich bewusst, dass die eingehende Beschäftigung mit einem Thema tendenziell zur Überschätzung von dessen Wichtigkeit und Bedeutung führt. Trotzdem konnten keine gegenläufigen Trends festgestellt werden.

1927 NOBEL, Wirtschaftsrecht?, 991.

1928 Zur Verbreitung des Begriffs s. oben FN 40.

setzungen unter Berücksichtigung der dogmatischen Grundlagen der Rechtsfigur – insb. ihrer Struktur, ihrer Funktionen und ihrer inhärenten Unschärfe – legiferiert.

Ungeachtet dessen kann nicht immer und überall auf (Abhilfe durch) den Gesetzgeber gewartet werden. Es ist auch an der Gerichtspraxis und der Doktrin, sich mit den dogmatischen Feinheiten der verschiedenen (untergeordneten) Konzepte wirtschaftlicher Berechtigung auseinanderzusetzen. Dabei ist zu beachten, dass die Fallgruppen zur Konkretisierung der Subjekt-Objekt-Relation, die typenlogisch zu verstehen sind, mit der Zeit, d.h. mit zunehmender wissenschaftlicher und praktischer Auseinandersetzung mit einem untergeordneten Konzept, nicht zu Klassenbegriffen erstarren dürfen. Das würde der Dogmatik der Rechtsfigur in funktionaler Hinsicht zuwiderlaufen (Stichworte: inhärente Unschärfe und Flexibilitätsbedürfnis). Es ist aber zuzugeben, dass dies mit Blick auf die Anforderungen der Praxis wohl unausweichlich und vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Anforderungen – zumindest in einem gewissen Umfang – zu akzeptieren ist. 985

Die weitere Forschung in diesem Bereich wird Wege finden müssen, diesen Spagat zwischen der Dogmatik der Rechtsfigur und den Anforderungen der Rechtspraxis zu meistern. 986

Stichwortverzeichnis

Die den Stichworten folgenden Zahlen verweisen auf die Randziffern.
Bei mehreren Verweisen sind die **wichtigsten fett gedruckt**.

A

- Aktie 263 ff., 304 ff., 364, 390 f., 545 ff.
 Aktionär 305, 364, 368, 376, 389 ff., 400 ff., 406 ff., 434
 Auslegung **668**, 795, 807 f., 919
 – teleologische 242, 484, **664 ff.**, 697 ff., 887, 954

B

- Bankrecht 36 ff., *s. auch VSB*
 Bargeld **352 ff.**, 545
 Begriff, *s. auch Bezeichnung*
 – deskriptiver 768
 – Klassenbegriff **770**, 783, 953, 985
 – normativer 768 f.
 – Typusbegriff **770 ff.**, 805, 809, 823, 916
 – unbestimmter 759 f., **765 ff.**, 785 ff., 794 ff., 805, **898 ff.**, 933 ff.
 Beneficial Owner(ship) 27, 52, 136, 373
 – im Steuerrecht 69, **111 ff.**
 – im Trustrecht 860 ff.
 Beschwerdelegitimation 739
 Beteiligung 263 ff., 278 ff., 303 ff., 346, 379, 389 ff., 400 ff., 407 ff., 537, 541,
 545 ff., 796 ff.
 Bezeichnung (der wirtschaftlichen Berechtigung) 668, **834 ff.**
 Börsenrecht 40 ff., **57 ff.**, **232 ff.**, 366 ff., 456 ff., 477, *s. auch Finanzmarktrecht*

C

Common Law, *s. Trust*

D

- Derivate 269 ff., 304 ff., 545 ff.
 deskriptiver Begriff, *s. unter Begriffe*
 Dividende 76, 86, 119, *s. auch Ertrag*
 Durchgangsfunktion, *s. unter Funktion*
 Durchgriff 52, 136, 150, 220, 227, 739, **853 ff.**

E

- EBK **38**, 466
 Eigentum 34, 54, 76, 107, 117, 227, 860, *s. auch wirtschaftliches Eigentum*
 Einheit der Rechtsordnung 362, 481, **504**, **647**

Ertrag 68, 71, 76, 85 ff., 92 f., 96, 110, 220, s. *auch Dividende*

Extension **604 ff.**, 608, 759

F

Fallgruppe/Fallgruppenbildung **804 ff.**, 843, 907 ff., **916 ff.**, 924 f., **936 ff.**, 953 ff.

FATF, s. *GAFI*

Fiduzia, s. *Treuhand*

Finanzmarktrecht 1, 39, 124, **232 ff.**, **308 ff.**, 459, 488, 720 ff., s. *auch Börsenrecht*

FINMA 32, 345, 690

Funktion 483 ff., 590, **671 ff.**, 889 f., 928, s. *auch Zweck*

– Durchgangsfunktion **789 ff.**, 805

– Transparenzfunktion **485**, 495, 597, **674 ff.**

– Umgehungsverhinderungsfunktion 483, 597, **693 ff.**, **773 ff.**

– Zuordnungsfunktion **486**, **677 ff.**, 705, 709 f., 713, 742, 951

G

GAFI/GAFI-Empfehlungen 3, 61 f., 112, 341 f., **371 ff.**, 461, 469

Geld, s. *Bargeld*

Geldwäschereirecht 32, 48, 60, 63, **124 ff.**, **308**, 365, 371 ff., 461, 480, 492, 531 f., 978 f.

– GwG 308 ff.

– StGB 124 ff.

Generalklausel 37 ff., 163, 789, 805

Gesellschaftsrecht 1, 3, 119 f., **363 ff.**, 489, 567, s. *auch Obligationenrecht*

Gesetzesumgehung 244, 300, 364, 379, 446, 483 f., 505, 590, 593,

597, **693 ff.**, 713, **773 ff.**, 798 ff., 804 f., 831, **853 ff.**, 868, s. *auch Steuerumgehung*

Global Forum 371 ff.

Gruppe **237**, **366 ff.**, 518, 530, **538**, 690, **720**, s. *auch Personenmehrheit*

H

Händler **351 ff.**, 361, 545

I

indirekte(r) Erwerb/Beteiligung/Kontrolle **233 ff.**, 239, 242 f., 246 f., 265 f., 276 f., **279 ff.**, **343 ff.**, 367, 424, 560 f., **905**

Induktion 20, 600 ff., 620 ff., 630 ff., **646 ff.**, 807, 880, 908 f.

Informationsverlust 687, 690 f., s. *auch Komplexitätsreduktion*

Insiderhandel 40 ff.

Intension **603 ff.**, 619, 622, 668

Internationales Privatrecht 705

J

- juristische Person 3, 112, 227, 279, 342 f., 349, 364, **373 ff.**, 406 f., 419, 424,
 431, 468 f., 473, 854 ff., 871 f., *s. auch Rechtssubjekt*
 – als Objekt 345, 348, 400
 – als Subjekt 139 ff., 251 ff., 320, **529 ff.**

K

- Klassenbegriff, *s. unter Begriffe*
 kognitives Element 334, **577**
 Komplexitätsreduktion **682 ff.**, 689 ff.
 Konkretisierung 795, **800 ff.**, 816, 841, 897, **898 ff.**, 924, 927 f., **930 ff.**, 945 f.
 Kontrolle **555 ff.**, 580 f., 589, 681, 753 f., **758 ff.**, 897, 902 ff., 930 f.
 – Begriff **764 ff.**, 789 ff., 796 f., 804 f., **813 ff.**, 831, 897 f., 907, 916 f., 953
 – gesellschaftsrechtliche 567, *s. auch Schwellenwert*
 – letztverbindliche 557 ff.
 – mögliche/potenzielle 568 f.
 – rechtliche 560 ff.
 – tatsächliche 563 ff., 779 f.
 Kontrollinhaber 149, **342 ff.**, 417 f., 432 ff., 469, 479
 Kontrollkette 142 f., 163, 165, **406**, 434, 515
 Kontrollprinzip 376, 421 ff.
 Kontrollsachverhalt **688 ff.**, 701, 705, 757, 763, 781, 792, 951
 Konzern 376, **407**, 419, 560, 690, 846, *s. auch Schachtelstruktur*

L

- Legaldefinition 246, 406, 954
 – formale 796 ff.
 – materielle 801 ff.

Legalitätsprinzip 178, **785 ff.**

Legitimation, *s. Beschwerdelegitimation*

M

- Meldepflicht 671
 – im FinfraG 57, **232 ff.**, 499, 690, 774
 – im OR 3, 61 f., **363 ff.**, 479, 485, 489

Missbrauch, *s. Rechtsmissbrauch*

N

- natürliche Person 27, 148 ff., 204, 262, 324, 342 ff., 387, 400, **532**, 537, *s. auch Rechtssubjekt*
 normativer Begriff, *s. unter Begriffe*
 Nutzungsberechtigung, *s. Recht zur Nutzung*

O

Objekt

- Ausgestaltung **539 ff.**, **743 ff.**, 894 f., 929
- Begriff 15 f., 508

Obligationenrecht 61 f., **363 ff.**, s. auch *Gesellschaftsrecht*

Offenlegungspflicht, s. *Meldepflicht*

öffentliches Recht 129, 308, 382, **492 f.**, 595, 845 f.

operativ tätige Gesellschaft **148 ff.**, **342 ff.**, 469, 531

P

Personenmehrheit 237, 439, 579, 929, 947, s. auch *Gruppe*

- objektseitig 404 f., **544**, **747 ff.**, 895
- subjektseitig 261, 387, 436, 530, **536 ff.**, **716 ff.**, 893

Privatautonomie 774 ff.

Privatrecht 41 f., 92, 96, 106, 109, 283, 489, 492 f., s. auch *Obligationenrecht*

- Durchbrechung des Privatrechts 845 ff.

Publizität **485**, 671, 676, s. auch *Transparenz*

R

rechtsdogmatische Figur 662, **827 ff.**

Rechtsfolge 494, 498 ff., **502**, 594, 680, **729**, **734 ff.**, 751, 786 ff., s. auch

Rechtsposition

Rechtsfrage 840 ff.

Rechtsgebiet 382, 491, **492 f.**, s. auch *öffentliches Recht*, *Privatrecht*, *Strafrecht*

Rechtsmissbrauch 33, 56, 150, 244, 478, **483**, 623, 695 f., **707 ff.**, 775, **853 ff.**

- im SchKG **190 ff.**, 226 ff.
- im VStG 104, **109**
- im internationalen Steuerrecht 116, 118

Rechtsobjekt 548

Rechtsposition 862, 867

- des Objekts 750 ff.
- des Subjekts **497 ff.**, 594, **727 ff.**

Rechtssubjekt 147 f., **529 ff.**, **540 ff.**, 715, s. auch *juristische Person*, *natürliche Person*

Recht zur Nutzung 29 ff., 54 f., 64, **68 ff.**, 478, 495, 498, 840

Risiko 95, 246, 278, 298, 302 ff., 408, **571 f.**

S

Schachtelstruktur 150, 376, 634, s. auch *Kontrollkette*, *Konzern*

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 47, 56, 64, **187 ff.**, 475, 478, 492, 495, 498, 505, 633 f.

Schwellenwert 348, 367, 401, 403, 418, **796 ff.**, 925

Sitzgesellschaft 150, 320 ff., 342

Steuerrecht 100, 106, 111 ff., 470, 878, 979 f., *s. auch Verrechnungssteuerrecht*

Steuerungsumgehung **102 ff.**, 118, *s. auch Gesetzesumgehung*

Strafrecht 43 ff., **124 ff.**, 308, 375, 476 f., 490, 492, 495, 786

Strohmann 33, 126, 379, 446, 916

Subjekt

– Ausgestaltung **529 ff.**, **715 ff.**, 891 ff., 929

– Begriff 15 f., 508

Subjekt-Objekt-Relation

– Ausgestaltung **549 ff.**, **753 ff.**, 896 ff., 930 ff.

– Begriff 15 f., 508

T

Tatfrage 840 ff.

Transparenz 3, 15 f., 112, 150, 240 ff., 342, 364, 374 f., 378 ff., 473, 634, 774,
s. auch Publizität

– Transparenzfunktion, *s. unter Funktion*

– Transparenzregister 3 f., 690

Treuhand 52, 279, 390, 407, 432 ff., 746, **866 ff.**

Trust 3, 52, 115, **860 ff.**, 978

Typus

– Begriff, *s. unter Begriffe*

– Typenbildung 804 ff., *s. auch Fallgruppenbildung*

U

Übertragung der wirtschaftlichen Berechtigung 742

Umgehung, *s. Gesetzesumgehung sowie Steuerungsumgehung*

– Umgehungsverhinderungsfunktion, *s. unter Funktion*

unbestimmter Begriff, *s. unter Begriffe*

Unschärfe 597, 760, **761 ff.**, 881, 912, 924, 933 ff., 954 f.

V

Vagheit 766 f., 797

Verfüugungsmacht 220

– im Steuerrecht 106 ff.

– im Strafrecht 182 ff.

– wirtschaftliche **106 ff.**, 218, 285

Vermögenswert 68, 89 f., 126 ff., 151 ff., 182 ff., 187, 205 ff., 325 ff., 401, **539**,
541 ff.

Verrechnungssteuerrecht 29 ff., 53 ff., **68 ff.**

voluntatives Element 575 f.

VSB 27 f., **32 ff.**, 38 f., 51 f., 58 ff., 136 ff., 456 f., 476

W

wirtschaftlich Beteiligter 870 ff.

wirtschaftlich Berechtigter, s. *Subjekt*

wirtschaftliche Berechtigung

- Abgrenzungen **102 ff.**, 237, 518, **848 ff.**, s. *auch unter wirtschaftliche Berechtigung/Verwandtschaften*
- Ausgestaltung 528 ff., 663 ff., **950 ff.**
- Begriff 11 ff., s. *auch Bezeichnung*
- Differenzen 454 ff., 587
- Funktionen 483 ff., **671 ff.**, 889 f.
- Gemeinsamkeiten 454 ff., 588 ff.
- Historie 24 ff.
- Konzept(e) 453 ff., 585 ff., **620 ff.**, 642 ff., 818 ff., **950 ff.**
- Rechtsfolge, s. *Rechtsfolge*
- regulierende Wirkung 679 ff.
- Struktur 15 f., 507 ff., **829**
- Strukturelemente 15 f., 508, **528 ff.**, **715 ff.**
- Verbreitung 1 ff., 24 ff., 448 f., 978 ff.
- Verwandtschaften 50 ff., 448 f., 848 ff., s. *auch unter wirtschaftliche Berechtigung/Abgrenzungen*

wirtschaftliche Betrachtungsweise **487 ff.**, 550 f., **754 ff.**, 763, **851 f.**

wirtschaftliche Verfügungsmacht, s. *unter Verfügungsmacht*

wirtschaftliches Eigentum 873 ff.

wissen, s. *kognitives Element*

wollen, s. *voluntatives Element*

Z

zirkuläre Definition 281, 346, 434, **904 ff.**, 913, 940

Zuordnungsfunktion, s. *unter Funktion*

Zweck 483 ff., 593, 664 ff., 887 f., 928, s. *auch Funktion*

Über den Autor:

Alex Attinger studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Bern und St. Louis, MO (USA). Nach Abschluss des Studiums im Jahr 2016 arbeitete er als Substitut in einer Zürcher Wirtschaftskanzlei und erlangte 2018 das Anwaltspatent. Anschliessend war er als wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. Peter V. Kunz am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern tätig.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern hat die vorliegende Arbeit am 23. März 2023 auf Antrag von Prof. Dr. Peter V. Kunz (Erstgutachter) und Prof. Dr. Thomas Jutzi (Zweitgutachter) als Dissertation mit dem Prädikat *summa cum laude* angenommen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 043 – Myriam Christ: *Le profilage dans le cadre d’une procédure d’embauche entre particuliers*
- 042 – Andreas Wehowsky: *Expedited Procedures in International Commercial Arbitration*
- 041 – Lukas Valis: *Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektor-spezifischer ex-ante Regulierung?*
- 040 – Constance Kaempfer: *Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses*
- 039 – Ruedi Ackermann: *Der Mietvertrag mit mehreren Mietern*
- 038 – Lukas Hussmann: *International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände*
- 037 – Nils Reimann: *Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory*
- 036 – Jeremias Fellmann: *Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht*
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: *Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen*
- 034 – Nora Camenisch: *Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen*
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: *20 ans de la transparence à Genève*
- 032 – Nicolas Leu: *Kritik der objektiven Zurechnung*
- 031 – Martin Klingler: *Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren*

- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienia: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 15. November 2023

© 2023 Alex Attinger

*Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Bern genehmigten Dissertation.*

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur
Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

ISBN: 978-3-907297-44-5

DOI: 10.38107/044

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

WIRTSCHAFTLICHE BERECHTIGUNG

Trotz zunehmender Verbreitung und Relevanz sind grundlegende Fragen zur wirtschaftlichen Berechtigung ungeklärt: Gibt es Verwandtschaften und Zusammenhänge zwischen verschiedenen Anwendungsfällen? Gibt es ein einheitliches Konzept? Wie ist wirtschaftliche Berechtigung rechtsdogmatisch einzuordnen?

Zur Beantwortung dieser Fragen, werden in dieser Dissertation die wichtigsten Konzepte wirtschaftlicher Berechtigung analysiert und auf inhaltliche, funktionale und strukturelle Gemeinsamkeiten hin untersucht, um eine Dogmatik der wirtschaftlichen Berechtigung herauszuschälen.

Es zeigt sich, dass es kein einheitliches Konzept wirtschaftlicher Berechtigung gibt. Die strukturellen und funktionalen Gemeinsamkeiten verdichten sich jedoch zu einer Rechtsfigur der wirtschaftlichen Berechtigung, aus der sich wichtige Erkenntnisse für Praxis und Gesetzgebung ergeben.

sui generis

ISBN 978-3-907297-44-5

DOI 10.38107/044