

Fachbeitrag
FinTech

Rechtliche Qualifikation Dezentralisierter Autonomer Organisationen (DAOs) mit besonderer Betrachtung des Geldwäschereigesetzes



Thomas Nagel,
Dr. iur., Rechtsanwalt

1. Definition von DAOs¹

Dezentralisierte Autonome Organisationen (engl. decentralised autonomous organisations, nachfolgend **DAOs**) wurden der breiteren Öffentlichkeit erstmals im Jahr 2016 bekannt: In diesem Jahr wurde das Projekt «The DAO» gestartet, das durch seinen Token-Verkauf zu einer der grössten Crowdfunding-Kampagnen der Geschichte wurde. Im Juni 2016 nutzten Benutzer eine Schwachstelle von The DAO aus, um einen Drittel der gesammelten Gelder von The DAO abzuschöpfen.

Nach diesem holprigen Start etablierten sich diverse weitere DAOs, welche unterschiedlich ausgestaltet waren. Allgemein lassen sich DAOs wie folgt definieren: DAOs sind Strukturen, in welche Investoren eine Kryptowährung einzahlen. Sie erhalten im Gegenzug anteilmässig Token der DAO, welche ihnen das Recht geben, über bspw. einen Community-Vote die Investition der Mittel der DAO mitzubestimmen. Alle Investoren können somit als Gemeinschaft entscheiden, wie die gesammelten Mittel eingesetzt werden sollen. Ist dieser dezentrale Entscheid getroffen, so übernimmt ein Smart Contract die Ausführung.² Die Organisation funktioniert entsprechend rein regelbasiert, d.h. das Abstimmungsverfahren ist im Voraus festgelegt.³ Im Gegensatz zu «ordinären» Smart Contracts, die zweckgebunden sind und nach der Zweckerreichung obsolet werden, werden für DAOs langfristig angelegte Smart Contracts verwendet, deren Codes in der Regel nicht mehr nachträglich angepasst werden können.⁴ So werden ggfs. erwirtschaftete Gewinne teilweise wieder aufgrund eines gemeinsamen Beschlusses reinvestiert.

DAOs sind einerseits Vehikel zum Sammeln bzw. Poolen von Vermögenswerten, andererseits Entscheidungsgremien. DAOs weisen daher Ähnlichkeiten mit Körperschaften auf, brauchen aber kein zentral organisiertes Management und verfügen entsprechend über keine konventionelle Organisation mit Organen (z.B. einer Geschäftsführung).⁵ Viele DAOs existieren im rein digitalen Raum.

Für die Umsetzung der getroffenen Entscheidungen werden punktuell Contractors beigezogen, die für die Erbringung von Leistungen oder Dienstleistungen und deren Bezahlung in der realen Welt sorgen müssen.⁶

Produktquelle

iusNet BR-KR 23.02.2023

Rechtsgebiet(e)

FinTech

Stichworte

Dezentralisierte Autonome Organisation |
DAO | Geldwäscherei

Teilweise nehmen sog. Curators Prüfungen der Projekte vor, in welche eine DAO investieren möchte. Sie unterbreiten Vorschläge zuhanden der Investoren, die über die Investmentmöglichkeiten per Abstimmung entscheiden.⁷

Aus rechtlicher Sicht stellen sich im Zusammenhang mit DAOs viele Fragen. Vorliegend sollen die bisher in der Lehre und Praxis gewonnenen Erkenntnisse zur rechtlichen Würdigung von DAOs aus privat- und finanzmarktrechtlicher Sicht zusammengefasst dargestellt werden. Weiter wird in diesem Beitrag diskutiert, wie ein Finanzintermediär die Pflichten gemäss GwG einhalten kann, wenn er Geschäftsbeziehungen eingeht, bei denen DAOs sein Vertragspartner oder wirtschaftlich Berechtigte an den involvierten Vermögenswerten sind.

2. Privatrechtliche Aspekte

Es ist fraglich, wie DAOs aus privatrechtlicher Sicht zu qualifizieren sind. Stellen diese ein Austauschverhältnis (d.h. einen Vertrag) oder eine Rechtsgemeinschaft dar? Falls eine Rechtsgemeinschaft vorliegt, lassen sich DAOs unter eine gesetzlich vorgesehene Körperschaftsform⁸ subsumieren oder handelt es sich bei DAOs um Personengesellschaften⁹?

In einer sauberen Analyse subsumiert Eleonor Gyr The DAO unter das Schweizer Privatrecht, wobei ihre Ausführungen ohne Weiteres auf DAOs anwendbar sind, welche nicht bewusst unter einer spezifischen Rechtsform einer nationalen Rechtsordnung konstituiert wurden. Sie kommt zu folgenden Schlüssen: Ein DAO ist eher als Rechtsgemeinschaft denn als Austauschverhältnis einzuordnen. Weiter schlussfolgert sie, dass eine Zuordnung zu einer Personengesellschaft eher in Frage kommt als jene zu einer Körperschaft.¹⁰ DAOs weisen zwar Ähnlichkeiten mit Körperschaften auf, insbesondere da sie einen Entscheidungsprozess der Kapitalgeber vorsehen (ähnlich wie die General-/Gesellschafterversammlung der AG oder der GmbH) und da sie einen Ein- und Austritt der Gesellschafter ermöglichen.¹¹ DAOs mangelt es jedoch an einer genügenden Organisation mit Organen. Aus diesen Gründen fallen letztlich alle gesetzlich vorgesehenen Körperschaftsformen ausser Betracht.¹² Bei den Personengesellschaften sind die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nicht einschlägig, da es an einem Eintrag ins Handelsregister fehlt. Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ist aufgrund Fehlens eines Komplementärs gleichsam unpassend.¹³ Übrig bleibt somit die einfache Gesellschaft als «Auffang-Gesellschaftsform». DAOs erfüllen die Voraussetzungen grösstenteils: Es handelt sich um eine vertragsmässige Verbindung von mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln oder Kräften.¹⁴ Die Investoren (bzw. «Gesellschafter») einer DAO kennen sich in der Regel nicht, was jedoch kein Hindernis für eine Qualifikation als einfache Gesellschaft darstellt.¹⁵ Untypisch für eine einfache Gesellschaft ist der freie Ein- und Austritt von Investoren. Es ist jedoch möglich, eine einfache Gesellschaft vertraglich so auszugestalten.¹⁶

Die Qualifikation als einfache Gesellschaft birgt einige rechtliche Nachteile. Das Gesetz sieht eine persönliche, unbeschränkte und solidarische Haftung der Gesellschafter für Verluste der Gesellschaft vor.¹⁷ Zwar kann die Beteiligung an Gewinn und Verlust unter den Gesellschaftern abweichend geregelt werden, wobei die Abrede, dass ein Gesellschafter nur am Gewinn, jedoch nicht am Verlust beteiligt sein soll, unzulässig ist, sofern ein Gesellschafter nicht nur Arbeit beigetragen hat.¹⁸ Aus diesem Grund gründen diverse Vehikel mittlerweile in der Schweiz einen Verein (eine sog. *decentralised autonomous*

association, DAA). Dies bringt ein Abweichen vom Grundsatz der Dezentralität und vom Fehlen von Organen mit sich, welche eigentlich typisch für DAOs sind.

Aus einer juristischen Perspektive lassen sich heute vorkommende DAOs in drei Grundkategorien einordnen:

1. DAOs ohne festes Rechtskleid, welche ausschliesslich im digitalen Raum existieren;
2. DAOs, denen eine Rechtsform praktisch übergestülpt wird, sowie
3. DAOs, die zwar ohne Rechtskleid auftreten, jedoch von einer juristischen Person bspw. einer Stiftung oder einem Verein gestützt und unterhalten werden. Diese Unterstützung kann temporär, aber auch permanent sein.¹⁹

Daraus lässt sich m.E. schlussfolgern, dass «reine» DAOs ohne festes Rechtskleid als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind. Die anderen Formen von DAOs können andere privatrechtliche Formen (z.B. Verein, Stiftung oder Genossenschaft) annehmen. Die privatrechtliche Würdigung muss somit im Einzelfall erfolgen. Um eine Anwendung Schweizer Rechtsnormen auszulösen, muss ein Anknüpfungspunkt in der Schweiz vorliegen, d.h. die Investoren und/oder der Sitz der jeweiligen Rechtsgemeinschaft muss in der Schweiz liegen.

3. Kollektivanlagenrechtliche Aspekte

Nach der rein privatrechtlichen Analyse stellt sich die Frage, wie DAOs finanzmarktrechtlich zu qualifizieren sind. Dabei ist vorauszuschicken, dass eine Erfassung von DAOs durch nationale Rechtsnormen aufgrund deren Dezentralität kaum möglich ist: DAOs haben keinen formellen Sitz und keinen Verwaltungssitz, weshalb der räumliche Geltungsbereich des Schweizer Rechts ohne entsprechenden Anknüpfungspunkt in der Schweiz in vielen Fällen nicht eröffnet sein dürfte.²⁰

Vorab ist zu prüfen, ob eine kollektive Kapitalanlage im Sinne des KAG vorliegen könnte. Kollektive Kapitalanlagen sind Vermögen, die von Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung verwaltet werden. Die Anlagebedürfnisse der Anleger werden in gleichmässiger Weise befriedigt.²¹ DAOs erfüllen die meisten dieser Voraussetzungen, es liegt jedoch typischerweise gerade keine Fremd- sondern eine Selbstverwaltung des investierten Vermögens vor. Wie erwähnt haben «klassisch» ausgestaltete DAOs keine Organe, welche die Investitionsentscheide für die Anleger treffen könnten. Der Investitionsentscheid wird vielmehr dezentral durch alle Investoren gemeinsam gefällt. Die Investition erfolgt anschliessend durch einen Smart Contract. Aus diesem Grund liegt meist keine kollektive Kapitalanlage i.S.d. KAG vor.²² Dafür ist jedoch bei der Strukturierung einer DAO strikt darauf zu achten, dass das Element der Selbstverwaltung jederzeit eingehalten wird. Liegt eine Fremdverwaltung vor, stellt eine DAO eine kollektive Kapitalanlage dar, was was zu einer Unterstellung unter das KAG führt.

Weiter ist zu prüfen, ob DAOs Investmentclubs darstellen, die vom KAG ausgenommen ist.²³ Ein Investmentclub liegt vor, wenn die folgenden Elemente kumulativ vorliegen: Die Mitgliedschaftsrechte sind in dem für die gewählte Rechtsform massgebenden konstitutiven Dokument aufgeführt, die Mitglieder oder ein Teil der Mitglieder fällen die Anlageentscheide, die Mitglieder werden regelmässig über den Stand der Anlagen informiert und die Zahl der Mitglieder darf 20 nicht überschreiten.²⁴ DAOs erfüllen diese Voraussetzungen meist, haben jedoch in der Regel weit mehr als 20 Mitglieder,

welche sich nicht gegenseitig kennen. Aus diesem Grund sind viele DAOs nicht als Investmentclubs zu qualifizieren. Sollte ausnahmsweise die Zahl der Mitglieder unter 20 liegen, wäre eine DAO als Investmentclub zu qualifizieren, welcher dem KAG nicht unterstellt wäre.

4. ICO von DAO-Token

Im Zusammenhang mit der Ausgabe von Token einer DAO (sog. Initial Coin Offering, ICO) stellt sich die Frage, wie dies aus Sicht des Schweizer Rechts zu beurteilen ist. Gemäss FINMA-Praxis ist bei der Ausgabe von Token jeweils eine der folgenden Kategorien einschlägig:

1. Zahlungs-Token: Als Zahlungs-Token gelten Token, die tatsächlich oder je nach Absicht des Organisators als Zahlungsmittel für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen akzeptiert werden oder der Geld- und Wertübertragung dienen sollen. Die Emission von Zahlungs-Token untersteht grundsätzlich den Vorschriften des GwG, da sie eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr darstellt.²⁵
2. Nutzungs-Token: Als Nutzungs-Token bezeichnet die FINMA Token, die den Zugang zu einer digitalen Nutzung oder Dienstleistung vermitteln sollen, die auf oder unter Benutzung einer Blockchain-Infrastruktur erbracht wird. Die Emission von Nutzungs-Token bedarf keiner aufsichtsrechtlichen Bewilligung, wenn die digitale Nutzung oder Dienstleistung zum Zeitpunkt der Token-Ausgabe vollständig funktionsfähig ist.
3. Anlage-Token: Der Kategorie Anlage-Token gehören Token an, die Vermögenswerte repräsentieren. Solche Token können insbesondere eine schuldrechtliche Forderung gegenüber dem Emittenten oder ein Mitgliedschaftsrecht im gesellschaftsrechtlichen Sinne darstellen. Der Token repräsentiert damit nach der wirtschaftlichen Funktion insbesondere eine Aktie, eine Obligation oder ein derivatives Finanzinstrument. Die Eigenemission von Anlage-Token, die als Effekten qualifizieren, bedarf keiner FINMA-Bewilligung, es gelten aber u.U. die Prospektspflichten des FIDLEG.

International hat der Entscheid der US-Behörde *Securities and Exchange Commission (SEC)*, DAO-Anteile als Effekten («*Securities*») im Sinne des US-Rechts zu qualifizieren, viel Aufmerksamkeit erhalten.²⁶ Die Qualifikation des ICOs eines DAO-Token aus Schweizer Sicht hängt von den Umständen im Einzelfall ab. Ein solcher Entscheid wäre auch in der Schweiz im Einzelfall möglich, sofern ein ICO eines Token einer DAO erfolgt, der die Eigenschaften eines Anlage-Tokens erfüllt. Gemäss hier vertretener Ansicht können Token einer DAO Anlage-Token darstellen, da, je nach Ausgestaltung des Tokens, durch Halten des Token eine Forderung bzw. ein Mitgliedschaftsrecht an der DAO verkörpert sein kann. In solchen Konstellationen dürfte es sich somit bei DAO-Token um Effekten handeln. Sofern somit in der Schweiz ein öffentliches Angebot von Anlage-Token einer DAO erfolgt und keine Ausnahme gemäss FIDLEG²⁷ vorliegt, ist bei Emission ein Prospekt zu veröffentlichen. Es wäre auch möglich, dass die Token einer DAO als Zahlungs-Token zu qualifizieren sind, sofern damit Zahlungen ermöglicht werden. Dies würde eine Unterstellung des Emittenten unter das GwG nach sich ziehen.²⁸

5. Geldwäschereirechtliche Aspekte

5.1 Allgemeines

Bisher finden sich in juristischen Publikationen kaum Ausführungen dazu, wie DAOs durch die Linse des GwG zu betrachten sind. Dabei stellen sich m.E. die folgenden Fragen:

1. Können DAOs selbst Finanzintermediäre sein und deshalb unter das GWG fallen?
2. Wie können die Pflichten des GwG erfüllt werden, wenn eine DAO eine Dienstleistung eines Finanzintermediärs beansprucht oder wenn eine DAO bzw. deren Investoren als wirtschaftlich Berechtigte von Vermögenswerten gelten, welche an einen Finanzintermediär übertragen werden?

5.1 DAOs als Finanzintermediäre?

Unter das GwG fallen sog. Finanzintermediäre. Finanzintermediäre sind Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen.²⁹ Ausgehend von der gesetzlichen Definition ist evident, dass DAOs, welche als einfache Gesellschaften konstituiert sind, eigentlich nicht dem GwG unterstellt sein können, da sie nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen. Ausgenommen von dieser Eigenschaft würden jedoch alle anderen Elemente eines Finanzintermediärs erfüllt: Eine DAO ermöglicht den Investoren (bzw. den Gesellschaftern der DAO) die Investition ihres Vermögens. Dazu werden Vermögenswerte an die DAO übertragen, von wo aus mittels eines Smart Contract eine Investition erfolgt.

Gleiches gilt für DAOs, die als Investmentclubs zu qualifizieren sind: Das Kriterium der Verwaltung fremden Vermögens ist nicht erfüllt, weshalb DAOs im Rechtskleid eines Investmentclubs keine Finanzintermediäre unter dem GwG sind.³⁰

Sofern eine DAO als eine einfache Gesellschaft finanzintermediäre Tätigkeiten ausübt, wird in der Lehre diskutiert, ob die Gesellschafter jeweils einzeln als Finanzintermediär gelten könnten und in dieser Eigenschaft GwG-Pflichten zu erfüllen hätten.³¹ Dieser grundsätzlich korrekte Ansatz kann auf die Investoren einer DAO jedoch nicht angewendet werden, da ein Durchgriff auf die Investoren keine GwG-Unterstellung nach sich ziehen würde: Die einzelnen Investoren legen ihr eigenes Vermögen an, weshalb sie selbst nicht unter das GwG gestellt sein können – dieses Gesetz kommt nämlich nur zur Anwendung, wenn fremde Vermögenswerte vorliegen.

Sobald demgegenüber eine DAO den rein digitalen Raum verlässt und z.B. eine andere Rechtsform als diejenige der einfachen Gesellschaft aufweist, käme eine Erfassung durch das GwG je nach Einzelfall in Betracht. Entweder könnte die DAO diesfalls selbst als Finanzintermediär zu qualifizieren sein oder die für sie tätigen Personen könnten als (formelle, materielle oder faktische³²) Organe von Sitzgesellschaften³³ gelten und als solche unter das GwG fallen. Ob eine DAO oder deren Organe als Finanzintermediär gelten können, kommt somit auf die Rechtsform und ggfs. weitere Umstände des Einzelfalls an.

Wie bereits bei den Ausführungen zum Kollektivanlagenrechts dargestellt (vgl. Ziff. 3 oben), ist auch zur Bestimmung des Geltungsbereichs des GwG jeweils zu prüfen, ob der räumliche Geltungsbereich des Schweizer Rechts überhaupt eröffnet ist. Dies ist m.E. jeweils der Fall, sofern die DAO ein anderes Rechtskleid als eine einfache Gesellschaft aufweist, in der Schweiz ihren statutarischen oder tatsächlichen Verwaltungssitz hat oder wenn die Organpersonen ebenda ansässig sind.

5.3 Involvierung einer DAO: Pflichten des Finanzintermediärs

In der Praxis begegnen Finanzintermediäre vermehrt Sachverhalten, bei denen DAOs involviert sind. Dies kann bspw. als Vertragspartei in einer Transaktion

sein. Es kann auch vorkommen, dass DAOs in einer Gruppenstruktur zwischengeschaltet sind, z.B. als Vehikel, um Vermögenswerte zu poolen. Bei solchen Sachverhalten ist fraglich, wie die Pflichten des GwG erfüllt werden können. Die nachfolgenden Ausführungen sollen als Orientierungshilfe für Finanzintermediäre dienen.

5.3.1 Identifizierung einer DAO als Vertragspartei

Das GwG verlangt von Finanzintermediären, dass sie bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen die Vertragspartei aufgrund eines beweiskräftigen Dokuments identifizieren.³⁴ Handelt es sich bei der Vertragspartei um eine juristische Person, so muss der Finanzintermediär die Bevollmächtigungsbestimmungen der Vertragspartei zur Kenntnis nehmen und die Identität der Personen überprüfen, die im Namen der juristischen Person die Geschäftsbeziehung aufnehmen.³⁵ Ein Finanzintermediär, der mit juristischen Personen und Personengesellschaften eine Geschäftsbeziehung eingeht, hat grundsätzlich deren Firma und deren Domiziladresse festzuhalten.³⁶ Ergänzend enthält die GwV-FINMA ausführliche Regeln, welche für verschiedene Konstellationen zur Anwendung gelangen:

1. Ist eine DAO als Vertragspartei eine einfache Gesellschaft, so gilt folgendes: Bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung muss der Finanzintermediär wahlweise folgende Personen identifizieren: (i) sämtliche Gesellschafter (bzw. Investoren) der DAO oder (ii) mindestens einen Gesellschafter (bzw. Investor) sowie diejenigen Personen, die gegenüber dem Finanzintermediär zeichnungsberechtigt sind³⁷ (letzteres dürfte m.E. meist ein Contractor sein). Da DAOs in der Regel einen sehr grossen Kreis an Investoren (bzw. Gesellschaftern) aufweisen, der sich zudem ständig verändert, ist eine Identifizierung aller Gesellschafter gemäss Ziff. (i) kaum möglich. In der Praxis wird deshalb wohl bei einfachen Gesellschaften am ehesten gemäss Ziff. (ii) ein Gesellschafter sowie die zeichnungsberechtigte Person zu identifizieren sein, sofern es denn eine solche gibt. Selbst diese Lösung ist für Finanzintermediäre jedoch schwer umsetzbar, da die Investoren des DAOs typischerweise nicht identifizierbar sind und nur eine Wallet-Adresse angegeben werden kann.
2. Ist der DAO als Vertragspartei hingegen eine juristische Person oder eine Personengesellschaft, so muss der Finanzintermediär einen Handelsregisterauszug oder einen äquivalenten Auszug aus einem ausländischen Register verlangen. Es ist auch möglich, einen Auszug aus einem vertrauenswürdigen privaten Register einzuholen.³⁸ . Sofern kein solcher Registereintrag verfügbar ist, so können auch die Statuten, die Gründungsakte bzw. der Gründungsvertrag, die Bestätigung einer Revisionsstelle, eine behördliche Bewilligung oder ein gleichwertiges Dokument akzeptiert werden.³⁹ Der verwendete Auszug darf dabei nicht älter als zwölf Monate sein.⁴⁰ Bei DAOs, die das Rechtskleid einer juristischen Person oder einer anderen Personengesellschaft als dasjenige einer einfachen Gesellschaft aufweisen, dürfte es unproblematisch sein, einen Auszug zu beschaffen.

Welches Verfahren zur Identifikation einer DAO als Vertragspartei zur Anwendung kommt, hängt somit von deren Rechtsform ab. Bei einer unter ausländischem Recht konstituierten DAO hat der Finanzintermediär jeweils abzuwägen, ob diese unter Schweizer Recht am ehesten als juristische Person, als einfache Gesellschaft oder u.U. als andere Personengesellschaft zu qualifizieren wäre.

Kann eine Identifikation nicht gemäss den oben umschriebenen Regeln erfolgen, so muss der Finanzintermediär die Aufnahme der Geschäftsbeziehung ablehnen oder bestehende Geschäftsbeziehungen abbrechen.⁴¹ Die Resultate der Identifikation (sowie diesbezügliche Überlegungen) sollten in für Dritte vollziehbarer Weise dokumentiert werden.⁴²

5.3.2 Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person oder des Kontrollinhabers bei Involvierung einer DAO

Weiter muss ein Finanzintermediär mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die wirtschaftlich berechtigte Person feststellen und deren Identität überprüfen, um sich zu vergewissern, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist.⁴³

Der Finanzintermediär muss von der Vertragspartei eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte natürliche Person ist, wenn die Vertragspartei nicht mit dieser identisch ist oder wenn er daran zweifelt, dass die Vertragspartei mit ihr identisch ist.⁴⁴

Tritt eine *natürliche Person als Vertragspartner* des Finanzintermediärs auf, so muss diese entweder erklären, selbst wirtschaftlich berechtigt zu sein, oder aber einen wirtschaftlich Berechtigten bezeichnen. Wer als wirtschaftlich Berechtigter gilt, wird im Gesetz nicht weiter spezifiziert. Einzig bei operativ tätigen juristischen Personen gibt es eine klare Prozenzhürde: Als wirtschaftlich Berechtigte operativ tätiger juristischer Personen gelten die natürlichen Personen, welche die juristische Person letztendlich dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 % des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren. Können diese nicht festgestellt werden, so ist die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen.⁴⁵ Für einfache Gesellschaften gibt es in der VSB 20 eine Sonderbestimmung, welche besagt, dass einfache Gesellschaften wie natürliche Personen zu behandeln sind. Dies bedeutet, dass keine Erklärung über die wirtschaftlich Berechtigten eingeholt werden muss, wenn bei Aufnahme der Kundenbeziehung sämtliche Gesellschafter identifiziert werden und die wirtschaftliche Berechtigung aller Gesellschafter schriftlich dokumentiert wurde.⁴⁶ Eine analoge Sonderbestimmung fehlt jedoch in der GwV-FINMA,⁴⁷ weshalb alle anderen Finanzintermediäre ausser Banken und Wertpapierhäuser eine schriftliche Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten von einfachen Gesellschaften einholen müssen.⁴⁸

Ist eine *nicht börsenkotierte operativ tätige juristische Person oder Personengesellschaft oder eine von einer solchen Gesellschaft mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaft* Vertragspartei des Finanzintermediärs, so muss dieser von der Vertragspartei eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer als *Kontrollinhaber* gilt. Um dies festzustellen, sieht die GwV-FINMA eine Kaskade vor: Als Kontrollinhaber gilt vorerst, wer, direkt oder indirekt, alleine oder in gemeinsamer Absprache, mindestens 25 % der Stimm- oder Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft hält.⁴⁹ Wird die Gesellschaft nicht von Personen kontrolliert, welche mindestens 25 % Stimm- oder Kapitalbeteiligung halten, so muss der Finanzintermediär von der Vertragspartei eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer die Gesellschaft auf andere Weise als Kontrollinhaber kontrolliert.⁵⁰ Lassen sich keine Kontrollinhaber feststellen, so muss der Finanzintermediär von der

Vertragspartei anstelle des Kontrollinhabers ersatzweise eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer die geschäftsführende Person ist.⁵¹

Die Anwendung der oben umschriebenen Pflichten auf DAOs ist problematisch: Ist eine DAO Vertragspartei oder als Glied in einer Kette von Beteiligungen zwischengeschaltet, welche letztlich zu der wirtschaftlich berechtigten Person führen soll, wird es in einigen Fällen nicht möglich sein, eine wirtschaftlich berechtigte Person oder einen Kontrollinhaber festzustellen. Sofern eine DAO einen zersplitterten Kreis an Investoren aufweist, was in der Regel zu erwarten sein wird, wird es keine Person geben, welche mit mindestens 25 % der Stimmen oder des Kapitals Gesellschafter ist. Ein Finanzintermediär wird entsprechend höchstens eine Erklärung über den Geschäftsführer einholen können; einen solchen wird es jedoch allenfalls je nach Rechtskleid der DAO ebenfalls nicht geben. Kann keine wirtschaftlich berechtigte Person festgestellt werden, so kann keine Transaktion ausgeführt werden und der Finanzintermediär muss die Geschäftsbeziehung ablehnen oder abrechnen.⁵² Hier zeigt sich erneut, dass es für DAOs lohnenswert sein kann, die rein virtuelle Ebene zu verlassen und sich statt der Form der einfachen Gesellschaft eine andere Rechtsform überzustülpen. Dies vereinfacht das Aufnehmen von Geschäftsbeziehungen mit Vertragspartnern, insbesondere Finanzintermediären.

5.3.3 Besondere Sorgfaltspflichten

Sofern besondere Umstände vorliegen, treffen Finanzintermediäre besondere Sorgfaltspflichten, d.h. er muss die Art und den Zweck der gewünschten Geschäftsbeziehung identifizieren.⁵³ Gestützt auf diese Informationen muss der Finanzintermediär entscheiden, ob eine Geschäftsbeziehung eingegangen oder weitergeführt werden kann. Umstände, welche solche besonderen Sorgfaltspflichten auslösen, sind z.B. die Ungewöhnlichkeit einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung (sofern deren Rechtmässigkeit nicht erkennbar ist)⁵⁴ und die Komplexität von Strukturen (z.B. durch Verwendung von mehreren Sitzgesellschaften oder von einer Sitzgesellschaft mit fiduziarischen Aktionären, in einer intransparenten Jurisdiktion, ohne nachvollziehbaren Grund oder zwecks kurzzeitiger Vermögensplatzierung).⁵⁵

Bei DAOs liegen m.E. nicht in jedem Fall Umstände vor, welche besondere Sorgfaltspflichten auslösen. Die blosse Verwendung einer DAO kann nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe haben, weshalb DAOs aus Sicht des GWG nicht unter «Generalverdacht» gestellt werden sollten. DAOs sind grundsätzlich gemäss ihrer Rechtsform zu behandeln. Sofern eine DAO ausschliesslich im virtuellen Raum existiert und keine Organe aufweist, kann dies jedoch ein mögliches Indiz sein, das für die Anwendung besonderer Sorgfaltspflichten spricht.

6. Schlussgedanken

Dieser Beitrag zeigt, dass DAOs je nach Ausgestaltung im Einzelfall unterschiedliche juristische Eigenschaften aufweisen können. Die Erscheinungsformen reichen von ausschliesslich im digitalen Raum agierenden DAOs, welche in den meisten Fällen als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind, bis hin zu DAOs, welche sich bewusst einer Gesellschaftsform gemäss nationalem Recht bedienen. Je nach Einzelfall variiert die privatrechtliche juristische Qualifikation von DAOs. Diese zieht unter verschiedenen Erlassen unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich, z.B. unter dem KAG oder dem GWG. Insbesondere bei den GWG-Pflichten zeigt sich, dass diverse Pflichten von Finanzintermediären vis-à-vis DAOs, welche über keine Organe und keinen Sitz

verfügen, schwierig umsetzbar sind. Dies kann den Zugang von DAOs zu Dienstleistungen von Schweizer Finanzintermediären erschweren, da diese ihre GWG-Prüfungen nicht zufriedenstellend vornehmen können. Aus diesem Grund wählen viele DAOs eine Rechtsform einer nationalen Rechtsordnung, um diesem Nachteil entgegenzuwirken.

Am Beispiel der DAOs zeigt sich m.E. eindrücklich, dass die technische Konzeption digitaler Konstrukte mit dem Grundverständnis bestehender Rechtsnormen in einem Spannungsverhältnis steht. Konzepte wie Dezentralität, das Fehlen von Gesellschaftsformen sowie Organen und die Ausführung von Rechtsgeschäften mittels *Smart Contracts* müssen erst noch juristisch eingeordnet werden. M.E. dürfte es sich lohnen, die in der Schweiz weit fortgeschrittenen Bemühungen des Rechtssetzers zur Anpassung des Schweizer Rechts auf digitale Geschäftsmodelle weiter voranzutreiben. Dabei darf jedoch keinesfalls vergessen werden, dass digitalen Konstrukte wie DAOs neben Chancen für den Wirtschaftsstandort auch ein gewisses Geldwäschereirisiko anhaftet. Dies gilt insbesondere, sofern die Vertragsparteien und die wirtschaftlich Berechtigten nicht mehr zuverlässig identifiziert bzw. festgestellt werden können. Der Gesetzgeber wird deshalb wohl kaum darum herumkommen, von Krypto-Dienstleistern gewisse Kompromisse zu abzuverlangen, um eine zuverlässige Geldwäschereibekämpfung und Rechtskonformität sicherzustellen.

-
1. Dr. iur. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, ist als Senior Associate bei Walder Wyss AG sowie als Dozent für Compliance and Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz FFHS in Zürich tätig. Er dankt Dr. iur. Ksenia Wess, Redaktorin bei iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht, für die angenehme Zusammenarbeit und die wertvollen Hinweise.
 2. Martin Hess/Patrick Spielmann, Cryptocurrencies, Blockchain, Handelsplätze & Co. – Digitalisierte Werte unter Schweizer Recht / I. - II., in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XII, S. 145–173, S. 173.
 3. Eleonor Gyr, Dezentrale Autonome Organisation DAO, in: Jusletter 4. Dezember 2017, N 8.
 4. Hess/Spielmann (FN 2), S. 173; Gyr (FN 3), N 10.
 5. Hess/Spielmann (FN 2), S. 173; Yves Mauchle, Die regulatorische Antwort auf FinTech: Evolution oder Revolution? Eine Verortung aktueller Entwicklungen, SZW 2017, S. 810–830, S. 827; Gyr (FN 3), N 8.
 6. Hess/Spielmann (FN 2), S. 173; Gyr (FN 3), N 13.
 7. Gyr (FN 3), N 13.
 8. Diesbezüglich gilt ein *numerus clausus*. Als Körperschaft kommen nur die folgenden gesetzlich vorgesehenen Formen in Frage: die Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR), die Kommandit-AG (Art. 764 ff. OR), die GmbH (Art. 772 ff. OR), die Genossenschaft (Art. 828 ff. OR), der Verein (Art. 60 ff. ZGB), die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV, Art. 36 ff. KAG) sowie die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF, Art. 110 ff. KAG (wobei die SICAF auf der AG basiert und deshalb nicht als eigene Körperschaftsform gilt).

9. Als Personengesellschaften gelten die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), die Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) und die Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR).
10. Gyr (FN 3), N 16 ff.
11. Gyr (FN 3), N 21.
12. Vgl. hierzu im Detail Gyr (FN 3), Rz. 20 f.; ebenso Mauchle (FN 5), S. 827.
13. Gyr (FN 3), N 23.
14. Gyr (FN 3), N 24 ff.
15. Gyr (FN 3), N 33.
16. Gyr (FN 3), N 34 m.w.H.
17. Art. 533 Abs. 1 OR.
18. Art. 533 Abs. 3 OR.
19. Dominic Nazareno/Stéphanie Fuchs, Dezentrale Autonome Organisationen: Neue Realität für die Steuerwelt, Expert Focus März 2022, S. 18 ff., 19.
20. Diesbezüglich im Zusammenhang mit dem KAG bereits: Gyr (FN 3), N 37 ff.
21. Art. 7 Abs.1 KAG.
22. Gyr (FN 3), N 37 ff.; Mauchle (FN 5), S. 827.
23. Art. 2 Abs. 2 lit. f KAG i.V.m. Art. 1a KKV.
24. Art. 1a KKV.
25. Gemäss hier vertretener Ansicht ist nicht ohne weiteres zu beantworten, ob eine Ausgabe eines Zahlungsmittels oder ein Betreiben eines Zahlungssystems vorliegt. Dies hängt von den Umständen im Einzelfall ab.
26. Securities Exchange Commission (SEC), Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO, Release No. 81207, 25. Juli 2017, passim.
27. Vgl. die Auflistung in Art. 36–38 FIDLEG.
28. Zur GwG-Unterstellung im Allgemeinen siehe sogleich Ziff. 5.
29. Art. 2 Abs. 3 GwG.
30. FINMA-Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG; Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV) vom 20. Oktober 2010 (letztmals aktualisiert am 4. November 2020), N 93.
31. Thomas Nagel, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG), Diss., Zürich 2020, (= SSF Bd. 132), N 194; Werner De Capitani, § 8/Art. 2 GwG N 25, in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2002.
32. Formelle Organe sind als solche ordentlich bestellt. Faktische Organe sind keine formellen Organe, treffen aber Entscheidungen, welche eigentlich diesen vorbehalten wären. Materielle Organe sind Mitglieder

des Verwaltungsrates, an die Geschäftsführungskompetenzen delegiert wurden. Vgl. hierzu: FINMA-RS 2011/1 (FN 30), N 101.

33. Sitzgesellschaften sind nach Art. 6 Abs. 2 GwV sowie Art. 2 lit. a GwV-FINMA «juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.» Ausschlaggebend ist gemäss Praxis der FINMA, dass der Zweck der Sitzgesellschaft die Verwaltung des Vermögens der wirtschaftlich berechtigten Person darstellt. Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 GwV, vgl. auch FINMA-RS 2011/1 (FN 30), Rz. 97 ff.
34. Art. 3 Abs. 1 GwG.
35. Art. 3 Abs. 1 GwG.
36. Art. 44 Abs. 1 lit. b GwV-FINMA.
37. Art. 46 GwV-FINMA.
38. Art. 47 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b GwV-FINMA.
39. Art. 47 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA.
40. Art. 47 Abs. 4 GwV-FINMA.
41. Art. 55 Abs. 2 GwV-FINMA.
42. Art. 7 Abs. 1 GwG.
43. Art. 4 Abs. 1 GwG.
44. Art. 59 Abs. 1 GwV-FINMA. Die schriftliche Erklärung der Vertragspartei über die an Vermögenswerten wirtschaftlich berechnete Person muss folgende Angaben enthalten: Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnsitzadresse und Staatsangehörigkeit, vgl. Art. 60 Abs. 1 GwV-FINMA.
45. Art. 2a Abs. 3 GwG.
46. Art. 34 Abs. 1 VSB 20 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 lit. a VSB 20.
47. Diese enthält lediglich eine Ausnahme für gemeinnützige Gesellschaften in Art. 67 GwV-FINMA.
48. Vgl. BSK GwG-Meyer/Rhyner, Art. 4 N 175.
49. Art. 56 Abs. 1 GwV-FINMA.
50. Art. 56 Abs. 2 GwV-FINMA.
51. Art. 56 Abs. 3 GwV-FINMA.
52. Art. 68 GwV-FINMA.
53. Art. 6 GwG.
54. Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG.
55. Art. 13 Abs. 2 lit. h GwV-FINMA.

iusNet BR-KR 23.02.2023