

Die wirtschaftliche Berechtigung an Spezialkonstruktionen

Sandro Abegglen

PricewaterhouseCoopers
Fachtagung zum Geldwäschereigesetz
Aktuelle Herausforderungen des Praktikers
Zürich, 8. März 2007

Übersicht

- I. Rechtliche Relevanz**
- II. Wirtschaftliche Berechtigung an Spezialkonstruktionen: Sitzgesellschaft**
- III. Wirtschaftliche Berechtigung an Spezialkonstruktionen: Kollektive Anlagen**
- IV. Wirtschaftliche Berechtigung an Spezialkonstruktionen: Trusts**
- V. Verfahren zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten**
- VI. Information der EBK über VSB-Verletzungen**
- VII. Information der EBK durch Revisionsstelle**

I. Rechtliche Relevanz

- Art. 4 GwG: Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (WB), wenn Vertragspartei nicht identisch mit WB oder Zweifel oder Sitzgesellschaft
 - Konkretisierung durch Art. 14 GwV-EBK, der auf VSB verweist, und Art. 17 GwV-Kst
- ➔ Für Feststellung des WB gilt für alle FI faktisch Standard der VSB

I. Rechtliche Relevanz

→ Sanktionen im Falle Verletzung

- Konventionalstrafe VSB (Banken)
- Sanktionen EBK wegen Verletzung Gewährspflicht (Banken)
- StGB-Sanktion (alle): Mit Gefängnis bis zu 1 Jahr, Haft oder Busse wird bestraft, wer es unterlässt, mit der nach Umständen gebotenen Sorgfalt den WB festzustellen

→ Nota: Bereits fahrlässige Begehung wird sanktioniert/bestraft

- Problematik der Strafbarkeit und schweren Sanktionen angesichts Unbestimmtheit des Begriffs des WB (Legalitätsprinzip?)

II. WB an Spezialkonstruktionen: Sitzgesellschaft

1. Begriff Sitzgesellschaft (SG)

- Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuunternehmen usw., die
 - kein Gewerbe (Handel, Fabrikation, anderes nach kfm. Art geführtes) betreiben oder
 - keine eigenen Geschäftsräume haben oder
 - kein eigenes Personal haben (bzw. Personal, das sich nur mit Administrativem befasst)

II. WB an Spezialkonstruktionen: SG

2. Rechtsgrundlage

Art. 4 VSB 03: „Verfahren bei Sitzgesellschaften“

- 1 Als Sitzgesellschaften im Sinne dieser Vereinbarung gelten alle Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts/Treuunternehmungen usw., die im Domizilstaat nicht einen Betrieb des Handels, der Fabrikation oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes führen.
- 2 Von in- und ausländischen Sitzgesellschaften sind zu verlangen:
 - a) zur Identifikation ein Handelsregisterauszug oder ein gleichwertiger Ausweis (vgl. Ziff. 12-16);
 - b) zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten eine Erklärung vom Vertragspartner mittels Formular A darüber, wer an den eingebrachten Werten wirtschaftlich berechtigt sei.
- 3 Kennt die Bank den wirtschaftlich Berechtigten und verfügt sie über die Angaben gemäss Ziff. 27, so kann sie diese unter Verzicht auf das Formular A in einer Aktennotiz festhalten.

II. WB an Spezialkonstruktionen: SG

3. Wer ist WB an Sitzgesellschaft?

- WB = natürliche Person oder juristische Person, welche Gewerbe betreibt, oder Regierung
- SG kann selbst nicht (nie!) wirtschaftlich Berechtigte sein
- Nur der letztendliche WB ist als WB zu betrachten, nicht etwa Zwischengesellschaften oder Zwischentreuhänder etc. zwischen Kunde (=SG) und WB

II. WB an Spezialkonstruktionen: SG

4. Vorgehen bei Prüfung der WB: Zweistufig

- SG formell identifizieren und Beherrschungs- bzw. Beteiligungsverhältnisse daran abklären
- Abklären, wer an relevanten „assets“ berechtigt ist

Möglich ist, dass

- Aktionär \neq WB
- verschiedene WB, wenn SG verschiedene Konti/Subkonti hat, und letztere z.B. „client assets“ der SG enthalten: Diesfalls fällt WB an SG's allgemeinen („eigenen“) assets und WB an den fraglichen Subkonti auseinander mindestens zwei Formulare A notwendig

II. WB an Spezialkonstruktionen: SG

5. Exkurs: Mögliche Verletzung von BankG und KAG

- Im Falle von SG, die Subkonti haben, auf welchen „client assets“ von 20 oder mehr Kunden der SG entgegengenommen werden
- Aktivität der SG kann u.U. unerlaubte Entgegennahme von Publikumsgeldern darstellen; wenn SG in CH inkorporiert ist ODER de facto von CH aus geleitet wird → strafbare Verletzung des BankG. Bank darf hier nicht mitwirken.
- Aktivität der SG kann u.U. als ausländische kollektive Kapitalanlage qualifizieren; wenn die SG in CH inkorporiert ist ODER de facto von CH aus geleitet wird → strafbare Verletzung des KAG. Bank darf hierzu ihre Konti nicht z.V. stellen.
- Gleiche Fragen stellen sich bei Sammelkonti!

III. WB an Spezialkonstruktionen: Kollektive Anlagen

- Kollektive Anlageform < 20 Anleger → jeder Anleger als WB festzustellen
- Kollektive Anlageform > 20 Anleger
 - Nicht Kotiert → als WB festzustellen alle Anleger mit mind. 5%
 - Kotiert → kein WB festzustellen

IV. WB an Spezialkonstruktionen: Trusts

1. Fixed Interest Trust

- Begünstigte = WB

2. Discretionary Trusts

- Schriftliche Bestätigung des Vertragspartners
 - dass es keine WB gibt
 - wer effektiver (nicht treuhänderischer) Gründer ist
 - falls bestimmbar, betr. Personen, die gegenüber Vertragspartner oder seinen Organen instruktionsberechtigt sind
 - über Kreis von Personen, die als Begünstigte in Frage kommen (kategorieweise, z.B. „Familienangehörige des Gründers“)
 - allfällige Kuratoren, Protektoren usw.
 - Unwiderrufbarkeit der Konstruktion (ansonsten Ziff. 44 VSB 03)

3. Revocable Trust

- Ziff. 44 VSB 03: Gründer ist der WB

V. Verfahren zur Feststellung des WB

1. Allgemein

- Erklärung vom Vertragspartner mittels Formular A, wer an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sei; oder
- Aktennotiz (unter Verzicht auf Formular A, falls Bank wirtschaftlich Berechtigten kennt und über die vom Formular A geforderten Angaben verfügt)

V. Verfahren zur Feststellung des WB

2. Inhalt Formular A

- Name, Vorname
- Geburtsdatum (seit VSB 03)
- Nationalität (seit VSB 03)
- Wohnadresse (seit VSB 87; davor Wohnort)
- Domizilstaat bzw. Firma, Domiziladresse und Domizilstaat

V. Verfahren zur Feststellung des WB

3. Nota

- Bank hat sicherzustellen, dass Formular A vollständig ausgefüllt ist
- nur der erste Buchstabe des Vornamens genügt nicht
- für Domizilstaat genügt es, wenn auf Grund der übrigen Angaben auf den Staat geschlossen werden kann
- werden Geburtsdatum oder Wohnadresse im Land des WB nicht verwendet, kann darauf verzichtet werden (mittels Aktennotiz festzuhalten)

V. Verfahren zur Feststellung des WB

- Ausstellungsort und -datum des Formulars A müssen zwingend angegeben werden
- Feststellung des WB hat vor der Kontoeröffnung zu erfolgen, d.h., bevor der Kunde Zahlungen abwickeln kann oder Wertschriften im Depot gebucht werden können (falls Blockierung, muss Bank in Lage sein, diese zu belegen)
- Ziff. 45 VSB 03: Bank hat Verfahren zur Feststellung des WB zu wiederholen. Ausnahme: wenn offensichtlich, dass sich WB nicht geändert hat bzw. entsprechende Bestätigung
- Die Bank hat sicherzustellen, dass interne Revision und bankengesetzliche Revisionsstelle korrekte und rechtzeitige Bestimmung des WB kontrollieren können

V. Verfahren zur Feststellung des WB

4. Unterzeichnung Formular A

Ziff. 28 VSB 03

- Formular A muss vom Vertragspartner bzw. Bevollmächtigtem (General- oder Einzelvollmacht) unterzeichnet werden
- bei jur. Personen ist das Formular A respektive Vollmacht durch Organe oder Zeichnungsberechtigte zu unterzeichnen

V. Verfahren zur Feststellung des WB

5. Anforderungen an Aktennotiz

- Aktennotiz unter Verzicht auf Formular A zulässig, falls Bank WB kennt und über die vom Formular A geforderten Angaben verfügt
- sämtliche Angaben gemäss Formular A
- Name und Kennzeichnung des Verfassers der Aktennotiz
- Datum

VI. Information der EBK über VSB-Verletzungen?

- Keine spontane Meldepflicht der Bank gegenüber EBK über Missstände (Ausnahmen vorbehalten) – nemo tenetur se accusare !?
- Umfassende Auskunftspflicht auf Anfrage EBK, BankG 23bis II, BEHG 35 II; sehr weitgehend (alles was zur Erfüllung der Aufsichtsaufgaben nötig sein kann, BGE 126 II 111ff.)
- Ungenügende/unvollständige Information der EBK durch Bank als Missstand gemäss BankG 23ter I !
- Frage z.T. akademischer Natur, wegen internen Vorschriften über Meldung von non-Compliance

VII. Information der EBK durch Revisionsstelle?

- Umfassende spontane Meldepflicht bei strafbaren Handlungen oder schweren Missständen, BankG 21 IV
- Bei sonstigen Missständen/einfachen Verletzungen EBK-Benachrichtigung erst, wenn Bank ordnungsgemässen Zustand trotz Mahnung nicht fristgerecht herstellt oder Fristansetzung zwecklos wäre, BankG 21 III und IV
- Schwerer Missstand? Jedenfalls jede Gewährsverletzung, welche den Anlegerschutz betrifft
- Nota VSB 10 I: Revisionsstelle muss Einhaltung der VSB stichprobenweise prüfen und Verstösse oder den begründeten Verdacht von Verstössen der Aufsichtskommission VSB und der EBK melden

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Sandro Abegglen
PD Dr. Fürsprecher, LL.M.
Niederer Kraft & Frey
Bahnhofstrasse 13
8001 Zürich

Tel. 058 800 8000
Fax 058 800 8080
sandro.abegglen@nkf.ch