

Die wirtschaftliche Berechtigung nach VSB 08

Sandro Abegglen

PricewaterhouseCoopers
Fachtagung zum Geldwäschereigesetz
Zürich, 11. März 2008

Übersicht

- I. **Rechtliche Relevanz**
- II. **Begriff des WB in VSB**
- III. **Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03**
- IV. **Beispiele aus der Praxis - zugleich
Zusammenspiel VSB und GwG/GwV-EBK**

**Vorbehalt: Alle Ausführungen zu VSB 08 basieren auf
letztem verfügbaren Entwurf, der noch Änderungen
erfahren kann!**

I. Rechtliche Relevanz

- Art. 305ter StGB:

Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht

- 1 *Wer 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, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.*
- 2 *Die von Absatz 1 erfassten Personen sind berechtigt, den inländischen Strafverfolgungsbehörden und den vom Gesetz bezeichneten Bundesbehörden Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren.*

I. Rechtliche Relevanz

- Art. 4 GwG:
 - 1 *Der Finanzintermediär muss von der Vertragspartei eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist, wenn:
 - a. die Vertragspartei nicht mit der wirtschaftliche berechtigten Person identisch ist oder daran Zweifel bestehen;
 - b. die Vertragspartei eine Sitzgesellschaft ist;
 - c. ein Kassageschäft von erheblichem Wert nach Art. 3 Abs.2 getätigt wird.*
 - 2 *Er muss bei Sammelkonten oder Sammeldepots verlangen, dass die Vertragspartei eine vollständige Liste der wirtschaftlich berechtigten Personen beibringt und dass sie jede Änderung der Liste unverzüglich meldet.*
- Konkretisierung GwG (und StGB!) durch Art. 14 GwV-EBK, der auf VSB 03 bzw. VSB 08 verweist
 - ➔ Für Feststellung des WB ist VSB-Standard „Gesetz“
- Was bei (scheinbaren) Widersprüchen?

I. Rechtliche Relevanz

→ Sanktionen im Falle Verletzung

- Konventionalstrafe VSB (Banken)
- Sanktionen EBK wegen Verletzung Gewährspflicht (Banken)
- StGB 305ter-Sanktion (alle): Gefängnis bis zu 1 Jahr, Haft oder Busse

→ Nota: Fahrlässigkeit (betr. Abklärung) führt zu Strafe

- Rechtsstaatliche Problematik der Strafbarkeit angesichts Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs des WB (Legalitätsprinzip)

II. Begriff des WB in VSB

- VSB 08 (gleich wie VSB 03) setzt Begriff des WB voraus, keine Definition
- Auch sonst keine Legaldefinition des WB
- BGE 125 IV 139: “Wirtschaftlich berechtigt ist somit derjenige, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann”; “Danach ist für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen und sind formaljuristische Konstruktionen ohne Bedeutung”
- Fazit: es gibt zwar typische Konstellationen, aber keine fixen Regeln darüber, wer bei bestimmten Konstrukten der WB ist, Einzelfallprüfung notwendig (siehe Beispiele)

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

1. Überblick

- Keine fundamentalen Änderungen
- Redaktionelle Verbesserungen mit gewissen materiell-rechtlichen Implikationen
- Erleichterungen betr. Prozedere
- Ausweitung der Ausnahmen von Pflicht, den WB festzustellen
- Case Law zu VSB 03 abgesehen davon weiterhin einschlägig; „must know“ (Beilagen!)
- Begleitbericht SBVg zu VSB 08!

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

2. Verschiedene einzelne Änderungen

- Verstärkte Betonung der Vermutung der Identität des WB mit dem Kunden (Vertragspartner) durch prominente Platzierung dieses Grundsatzes in Art. 3 Abs. 1
- VSB vermag nichts an StGB 305ter („wer es unterlässt, mit der gebotenen Sorgfalt den WB festzustellen“), zu ändern - Löschung dieses Satzes m.E. nicht hilfreich und auch nicht nötig
- Identifizierung anstatt nur Feststellung des WB – keine materiellen Auswirkungen

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

- Konto- und Depotnummern können von Bank nachträglich im signierten Formular A angebracht werden ↔ Vorgang der nachträglichen Ergänzung dokumentieren!
- Formular A einfacher ausgestaltet
- Bankeigene Formulare A müssen nicht „vollen Text“ des Musterformulars, sondern nur einen „gleichwertigen Inhalt“ aufweisen
- Erleichterungen bei einfachen Gesellschaften mit Kontoguthaben bis CHF 25'000
- Sammelkonti von operativen Gesellschaften, über die Transaktionen wie Inkasso, Immo-Verwaltung, Factoring etc. abgewickelt werden → WB nicht anzugeben (aber Aktennotiz betr. Vorliegen dieses Tatbestands) ↔ Widerspruch zu Art. 4 Abs. 2 GwG? Nein, Konkretisierung

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

3. Bankenausnahme

- Wie bisher: Schweizerische und ausländische, einer angemessenen Aufsicht und Regelung in Bezug auf Geldwäscherei- und (neu) *Terrorismusprävention* unterstehende FI müssen keine Erklärung über WB abgeben, selbst wenn sie für ungenannte Kunden Unterkonti führen
- Neu explizit verankert: Von angemessener Aufsicht und Regelung betr. GwG/Terrorismusprävention kann nicht nur bei FATF-Mitgliedsländern und FL (s. SBVg-Zirkular 7231) ausgegangen werden, sondern auch wenn FI Teil eines diesbezüglich konsolidiert überwachten Konzerns ist

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

3. Bankenausnahme

- Verhältnis zu Art. 305ter StGB, der keine solche Ausnahme kennt? Dito betr. Art. 4 GwG - ist Art. 14 Abs. 2 GwV-EBK, der für Feststellung des WB auf VSB und damit die Ausnahme verweist, gesetzeskonform?
- Ergeben sich Hinweise für Missbräuche: Ausnahme gilt nicht!
- Nota: Art. 5bis GwV-EBK verbietet Geschäft mit fiktiven Banken (Banken ohne physische Präsenz am Inkorporationsort), wenn sie nicht Teil einer angemessen konsolidiert überwachten Finanzgruppe sind → Beziehung auch nicht möglich, wenn WB festgestellt wird? (Wertungsungleichheit im Vergleich zu Sitzgesellschaft?)

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

4. Ausnahmen bei kollektive Kapitalanlagen und Beteiligungsgesellschaften

- Komplizierte 5%- und „in gemeinsamer Absprache“-Regeln gelten nicht mehr
- Es gilt:
 - Bei 20 oder weniger Investoren müssen diese als WB festgestellt werden
 - Bei mehr als 20 Investoren muss kein WB festgestellt werden, auch dann nicht – und anders als bislang – wenn ein Investor z.B. 5% oder 30% hält (was, wenn er 90% oder 95% oder 99% hält?)
 - Wie bisher: WB nicht festzustellen, wenn kollektive K'anlage börsenkotiert ist
 - Neu: WB nicht festzustellen, wenn Promotor oder Sponsor ein FI im Sinne der Bankenausnahme ist (RZ 34) UND die Anwendung angemessener Regeln betr. GwG und Terrorismusbekämpfung *nachweist* (?)

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

5. Sitzgesellschaften und Trusts

- Bei Sitzgesellschaften ist WB stets festzustellen, Vermutung der Identität von Vertragspartner und WB gilt nicht; Formular A oder Aktennotiz nötig
- Ausnahme: Bei Stiftungen, (nicht widerrufbaren) Trusts und anderen Vermögenseinheiten, an denen keine WB besteht, diesbez. Bestätigung und Angaben über Gründer und Kreis der Berechtigten etc. (neu Formular T) (siehe folgenden Exkurs)

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

Exkurs zu Trusts

- Fixed Interest Trust
 - Begünstigte = WB
- 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
- Revocable Trust
 - Ziff. 44 VSB 03: Gründer ist der WB

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

5. Sitzgesellschaften und Trusts

- Bislang SG sehr weit definiert: siehe folgende Folie
- Weiterhin gilt: SG = Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuunternehmen usw., die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kfm. Art geführtes Gewerbe betreiben
- Neu nur noch gewisse Indizien für SG
 - keine eigenen Geschäftsräume (co-Adresse) oder
 - kein eigenes Personal
- Wenn keine SG angenommen trotz Indizien, Aktennotiz mit Begründung
- Klarheit, dass Holdinggesellschaft keine SG ist

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

5. Sitzgesellschaften und Trusts

- SG nach VSB 03: 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)

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

6. 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

III. Änderungen VSB 08 gegenüber VSB 03

7. 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

IV. Beispiele aus der Praxis – zugleich Zusammenspiel VSB und GwG / GwV-EBK

1. Der Cayman Islands Fund mit 21 Anlegern
2. Der Cayman Islands Fund mit einer UK-Bank als Nominee Unitholder
3. Die „Sandy Islands“-inkorporierte Versicherungsgesellschaft und ihre Versicherungsnehmer

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