

NIEDERER KRAFT FREY

Sanktionen – (Neue) Herausforderungen im Wealth und Asset Management

Sandro Abegglen

17. Tagung zur Vermögensverwaltung
Europa Institut an der Universität Zürich
Zürich, 9. November 2023

Inhaltsverzeichnis

- I. Rechtsgrundlagen und Entwicklung der Schweizer Sanktionspraxis
- II. Regulierungsprozess bei Ukraine-VO 2022
- III. Gesetzgebungsmängel, Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten
- IV. Materielle Einzelfragen zu Ukraine-VO
 - 1. Sperrung von Vermögenswerten und Meldepflicht
 - 2. Verbote betreffend Trusts
 - 3. Sanktionierung und GwG-Meldung
- V. Einbezug von Embargo-Prävention ins GwG gemäss VE Gesetz über die Transparenz juristischer Personen

Rechtsgrundlagen und Entwicklung der Schweizer Sanktionspraxis

Rechtsgrundlagen

- Seit 2003 Embargogesetz als Grundlage für Übernahme von Sanktionen der UNO, OSZE oder der *"wichtigsten Handelspartner[] der Schweiz"* (in der Praxis: EU), die *"der Einhaltung des Völkerrechts, namentlich der Respektierung der Menschenrechte, dienen"* (Art. 1 Abs. 1)
- Entscheid über Übernahme von Nicht-UNO-Sanktionen durch Bundesrat aufgrund Güterabwägung
 - S. etwa Medienmitteilung 30.08.2023: *"Der Bundesrat hat [...] beschlossen, die von der EU im Rahmen der Sanktionsregelung im Bereich der Menschenrechte im Zusammenhang mit den Fällen Nawalny und Kara-Murza verhängten Massnahmen nicht zu übernehmen. Er wird auch in Zukunft von Fall zu Fall über die Übernahme von thematischen Sanktionen der EU entscheiden. [...] Nach einer Güterabwägung gestützt auf verschiedene aussenpolitische und rechtliche Kriterien entschloss sich der Bundesrat zum Verzicht auf die Übernahme dieser Sanktionen."* (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97567.html>)

Rechtsgrundlagen

- "Autonome" Sanktionen nur aufgrund Art. 184 Abs. 3 BV (ausserpolitische Interessen) möglich, z.B. "spiegelbildliche" Erweiterung von EU-Sanktionen zur Wahrung völkerrechtlicher Neutralitätspflichten
 - Z.B. Verbot von Waffenexporten an RU *und* Ukraine (Art. 2a Abs. 1 Ukraine-VO)
 - Geringe Tragweite völkerrechtlicher Neutralitätspflichten (im Wesentlichen Waffenexporte)
- Forderung einer (gesetzlichen) Rechtsgrundlage für eigenständige Sanktionen in Motion APK-N 22.3395 ("Kohärente, umfassende und eigenständige Sanktionspolitik")
 - Bundesrat: Nicht notwendig, Übernahme von wichtigsten Handelspartnern hat sich bewährt
 - Von NR angenommen, von SR abgelehnt

Entwicklung der Praxis

- Traditionell bloss Verhinderung von Umgehungen internationaler (für die Schweiz nicht verbindlicher) Sanktionen: Plafonierung / Weiterführung *courant normal* (Süd-Rhodesien, Südafrika)
- 1990–2002: Autonomer Nachvollzug von UNO-Sanktionen (gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV)
- Bestätigung der Neuorientierung in Neutralitätsbericht 1993:
 - Bei schwerwiegenden Missachtungen der Völkerrechtsordnung könne es keine neutrale Haltung geben; Alleingang der Schweiz könne schwerwiegende politische, wirtschaftliche oder sicherheitspolitische Folgen haben; Nichtteilnahme an Wirtschaftssanktionen könne als faktische und moralische Unterstützung des Rechtsbrechers / Begünstigung des sanktionierten Staates angesehen werden
- Erstmalige Übernahme von Nicht-UNO-Sanktionen 1998 – EU-Sanktionen gegen Jugoslawien
- UNO-Sanktionen seit Beitritt 2002 obligatorisch

Ukraine-Sanktionen 2014

- Annexion der Krim, Situation in Ostukraine 2014: EU-Sanktionen; Schweizer "Verordnung über Massnahmen zur *Vermeidung der Umgehung* internationaler Sanktionen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine" vom 2. April 2014

EU	Schweiz
Einfrieren von Geldern sanktionierter Personen	Verbot der Aufnahme <i>neuer</i> Geschäftsbeziehungen mit sanktionierten Personen (Erhöhung Vermögenswerte erlaubt) Blosse <i>Meldepflicht</i> für <i>bestehende</i> Beziehungen
Verbot des Handels bestimmter Wertpapiere	Blosse Meldepflicht
Verbot von Dienstleistungen bei der Begebung bestimmter Wertpapiere	Bewilligungspflicht; wird bewilligt, wenn \leq Durchschnitt letzte drei Jahre
Verbot von Darlehen an bestimmte Personen	Bewilligungspflicht; wird bewilligt, wenn \leq Durchschnitt letzte drei Jahre
Krim: Verbot von Darlehen, Beteiligungen an Gesellschaften, Immobilienerwerb; allgemeines Import- und beschränktes Exportverbot	Wie EU (begründet " <i>als Folge der schweizerischen Nicht-Anerkennungspolitik der völkerrechtswidrigen Annexion der Krim</i> ")

Ukraine-Sanktionen 2022

- 23./25. Februar 2022 Sanktionen der EU
- 28. Februar 2022: Bundesrat übernimmt EU-Sanktionen
 - Änderung der Sanktionspraxis: insb. nicht mehr nur Umgehungsverhinderung
 - *"Der beispiellose militärische Angriff Russlands auf ein souveränes europäisches Land hat im Bundesrat den Ausschlag gegeben, die bisherige Sanktionspraxis zu ändern. Die Verteidigung von Frieden und Sicherheit und die Achtung des Völkerrechts sind Werte, die die Schweiz als demokratisches Land mit ihren europäischen Nachbarn teilt und mitträgt. Wie bisher wird die Schweiz jedes weitere Sanktionspaket der EU einzeln prüfen."*
(<https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/aktuell/medienmitteilungen.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/28/87386>)

Regulierungsprozess bei Ukraine-VO 2022

Übernahme der EU-Sanktionen gegen Russland

- 28. Februar 2022: Bundesrat entschied, Sanktionen der EU zu übernehmen
 - Erstes und zweites Sanktionspaket der EU vom 23. und 25. Februar am 28. Februar 2022 übernommen und sogleich in Kraft gesetzt
 - Insb. Vermögenssperre und Meldepflicht; Verbot, die Begebung von Finanzinstrumenten von sanktionierten Emittenten zu unterstützen (vorher blosse Plafonierung); Verbot von Darlehen an sanktionierte Personen (vorher blosse Plafonierung)
 - Konsequente Umbenennung von "*Verordnung über Massnahmen zur Vermeidung der Umgehung ...*" in "*Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine*"

Revisionstempo (I/II)

- Hohe Kadenz an Neuerungen, insb. in Anfangsphase, getrieben von EU
 - Z.B. sechs Änderungen von März bis April 2022
 - Inkrafttreten mehrheitlich am Tag des Beschlusses
 - Immerhin "Vorlauf" durch EU und teilweise Vorab-Kommunikation zur Übernahme durch Bundesrat

EU-Sanktionspaket	Kommunikation zur Übernahme / Beschluss	Publikation / Inkrafttreten	Inhalt (Auswahl)
I. und II. 23./25.2.2022	28.2.2022 (1. Teil)	28.2.2022	Vermögenssperre, Verbot von Darlehen und Begebung von Finanzinstrumenten
	4.3.2022 (2. Teil)	4.3.2022	Verbot der Entgegennahme von Einlagen (Art. 20), Verbot des Verkaufs von Wertpapieren (Art. 23)
III. 28.2./2.3.2022	16.3.2022	16.3.2022	Verbot von Transaktionen mit der russischen Zentralbank
IV. 15.3.2022	18.3.2022	25.3.2022	Verbot von Transaktionen mit bestimmten Staatsunternehmen; Investitionsverbot in Energiesektor
V. 8.4.2022	13.4.2022	27.4.2022	Importverbot für Kohle

Revisionstempo (II/II)

EU-Sanktionspaket	Kommunikation zur Übernahme / Beschluss	Publikation / Inkrafttreten	Inhalt (Auswahl)
8.4.2023	27.4.2022	27.4.2022*	Verbote betreffend Trusts
VI. 3.6.2022	10.6.2022	29.6.2022	Verbot Audit- und Beratungsdienstleistungen
VII. 21.7.2022	3.8.2022	3. und 31. 8.2022	Importverbot für Gold aus RU; technische und sprachliche Anpassungen am 31.8. in Kraft
VIII. 6.10.2022	23.11.2022	23.11.2022	Verbot der Entgegennahme von Einlagen über CHF 100'000; Verbot von Rechtsdienstleistungen
IX. 16.12.2022	25.1.2023	25.1.2023	Investitionsverbot im Bergbausektor
X. 25.2.2023	29.3.2023	29.3.2023	Ausfuhrverbot für kritische Technologien und Industriegütern
XI. 23.6.2023	16.8.2023	16.8.2023	Stärkung der Zusammenarbeit mit Drittländern bzgl. Verhinderung und Umgehung; Durchfuhrverbot von Gütern und Technologie durch Russland; Erweiterung der Ausfuhrbeschränkungen um insb. elektr. Bestandteile

* Betr. Art. 28d Abs. 2 siehe unten Folie [16]

Gesetzgebungsmängel,
Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten

Redaktionelle Mängel (I/II)

- Aufgrund Zeitdruck
- Z.B. unbesehen EU-Terminologie übernommen:

4. März 2022	25. März 2022	27. April 2022
<p>Art. 1 lit. g</p> <p><i>übertragbare Wertpapiere</i>: folgende Gattungen von Wertpapieren [...]: Aktien und andere Wertpapiere [...]</p>	<p>Art. 1 lit. g</p> <p><i>Effekten</i>: folgende Gattungen von Wertpapieren, <i>Wertrechten (insbesondere einfache Wertrechte und Registerwertrechte), Derivate und Bucheffekten</i> [...]: Aktien und andere Wertpapiere, <i>Wertrechte, Derivate und Bucheffekten</i> [...]</p>	<p>unverändert</p>
<p>Art. 23 Verbot des Verkaufs von <i>übertragbaren Wertpapieren</i></p> <p>Es ist verboten, [...] <i>übertragbare Wertpapiere</i> [...] oder Anteile an <i>Organismen für gemeinsame Anlagen</i> [...] zu verkaufen.</p>	<p>Art. 23 Verbot des Verkaufs von <i>übertragbaren Wertpapieren</i></p> <p>Es ist verboten, [...] <i>übertragbare Wertpapiere</i> [...] oder Anteile an <i>Organismen für gemeinsame Anlagen</i> [...] zu verkaufen.</p>	<p>Art. 23 Verbot des Verkaufs von <i>Effekten</i></p> <p>Der Verkauf von [...] <i>Effekten</i> [...] oder von Anteilen an <i>kollektiven Kapitalanlagen</i> [...] ist verboten.</p>
<p><i>Nota: In Belarus-VO schon am 16.3.2022 "Effekten" (Art. 1 lit. g), aber dafür bis heute "Wertpapierdienstleistungen" (lit. i)</i></p>		

Redaktionelle Mängel (II/II)

- Einlagenverbot und Meldepflicht von Art. 20 und 21 hätte gemäss Wortlaut ursprünglich nur für Institute nach Art. 1b BankG gegolten ...

4. März 2022

Art. 20 Verbot der Entgegennahme von Einlagen

Es ist verboten, Einlagen [...] entgegenzunehmen, wenn der Gesamtwert der Einlagen [...] pro **nach Art. 1b BankG bewilligte Bank oder Person** 100 000 Franken übersteigt.

Art. 21 Meldepflicht für bestehende Einlagen

Nach Art. 1b BankG bewilligte Banken oder Personen sind verpflichtet [...].

18. März 2022 (Berichtigung)

Art. 20 Verbot der Entgegennahme von Einlagen

Es ist verboten, Einlagen [...] entgegenzunehmen, wenn der Gesamtwert der Einlagen [...] pro **Bank oder nach Art. 1b BankG bewilligte Person** 100 000 Franken übersteigt.

Art. 21 Meldepflicht für bestehende Einlagen

Banken oder nach Art. 1b BankG bewilligte Personen sind verpflichtet [...].

Teilweise wiederholte Kehrtwendungen

- Art. 28*d* Abs. 2 (bestimmte Trust-Dienstleistungen): Am 27. April 2022 erlassen, Inkrafttreten am 29. Mai 2022; von 29. Juni bis 31. Juli 2022 wieder aufgehoben (aber wohl nicht rückwirkend, d.h. frühere Verstöße wurden nicht geheilt); seither erneut in Kraft
- Fallen Konten von juristischen Personen ausserhalb Russlands, an denen eine russische Person wirtschaftlich berechtigt ist, unter Art. 20? Auslegungshilfe bejahte dies von 14. April bis 5. Juli 2022, verneint es seither; im Gegensatz: EU-FAQ verneinte Frage seit 17. Mai 2022, aber betonte Umgehungsverbot

Individuelle Auskünfte des SECO reduzieren Probleme

- SECO beantwortet formelle und informelle/*no name based* Anfragen
- Antwortzeit insbes. für letztere oft sehr kurz (wenige Tage)
- Z.T. aber auch längere Antwortdauer (bis zwei Monate)
- Inhaltlich i.d.R. sehr hilfreich
- Manchmal aber auch unklare oder – z.T. der Materie oder der Sachverhaltslage geschuldet –
vage Antworten

Auslegungshilfe (I/III)

- Am 16. März 2022 erste Auslegungshilfe zu Artikel 20 und 21 Ukraine-VO
- Allmählich erweitert, aber viel weniger umfassend als und i.d.R. später als EU-FAQ; EU-FAQ faktischer Standard, wenn (noch) nicht in Auslegungshilfe behandelt
- Frühere Fassungen Auslegungshilfe nicht mehr verfügbar – Nachvollziehbarkeit von Änderungen erschwert
- Seit 1. September 2023 "Auslegungshilfe Sanktionsmassnahmen" (mit für jegliche Sanktionsmassnahmen verallgemeinerten Erläuterungen zu Vermögenssperre)

Auslegungshilfe (II/III)

- Wichtige und z.T. überraschende Klärungen auch erst längere Zeit nach Inkrafttreten einer Regelung
 - Z.B. zu Art. 23 ("*Der Verkauf von [...] Effekten, die nach dem 12. April 2022 ausgegeben wurden [...] ist verboten*"): "*Fallen bestehende (vor dem 12. April ausgegebene) börsengehandelte Aktien eines Unternehmens, sofern dieses nach dem 12. April ebenfalls neue Aktien ausgegeben hat unter die Verbote gemäss Art. 23?*" – "*Bestehende ('alte') Aktien fallen ebenfalls unter Artikel 23, weil man sie in der Regel nicht von denjenigen unterscheiden kann, die nach dem 12. April ausgegeben werden.*" (Auslegungshilfe, ab 5. Juli 2022); EU-FAQ behandeln Frage nicht
 - Z.B. zu Art. 23: Capital Calls vor dem 12. April 2022 dürfen auch nach dem Datum bedient werden. Investment wurde unwiderruflich zum Zeitpunkt der Kapitalzusage ("Commitment") getätigt. (Auslegungshilfe, ab 9. Februar 2023; Art. 23 in Kraft seit 4.3.2022)
- Teilweise von EU-FAQ abweichend
 - Z.B. Dividenden (Corporate Actions) und Zinsen dürfen auch über Einlagenlimite von CHF 100'000 entgegengenommen werden, in EU nicht

Auslegungshilfe (III/III)

- Teilweise Themen, die in EU-FAQ nicht behandelt werden
 - Trusts mit russischen Person als Begründer oder Begünstigte fallen nicht unter Einlagenlimite (kein "Durchgriff")
 - Umgekehrt bei Fonds

Auslegungsmittel und -prinzipien

- Keine Materialien
- Prinzipiell kann bei Auslegung eines einem EU-Erlass entnommenen Begriffs entsprechendes EU-Recht herangezogen werden (BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 3.1, 4.3)
- Auslegungshilfe: *"Die Schweizer Behörden sind bestrebt, die Umsetzung der Sanktionsmassnahmen möglichst eng an die Umsetzungspraxis in der EU anzulehnen [...]."*
- Aber bei unterschiedlichem Wortlaut doch bewusste Abweichung oder bloss redaktionelle Verbesserung/Vereinfachung/Weglassung von Selbstverständlichem?
 - Z.B. bei Definition der Sperrung von Geldern: *"mit Ausnahme von normalen Verwaltungshandlungen"* (Art. 1 lit. b) vs. *"einschliesslich der Vermögensverwaltung"* (Art. 1 lit. f VO (EU) 269/2014) (vgl. unten)
 - In der Schweiz kein explizites Umgehungsverbot (Art. 9 Abs. 1 VO (EU) 269/2014, Art. 12 VO (EU) 833/2014)
- Kaum einschlägige Gerichtspraxis; keine Bindung der Gerichte an Auslegungshilfe/Vorstellungen des SECO (aber evtl. z.B. Vertrauensschutz)

Diskussion – Lehren

– Lehren aus dem Regulierungsprozess?

- Vernehmlassungsverfahren/Konsultation auch der Wirtschaft für wichtige Sanktionsregelungen?
(Art. 3 Abs. 1 lit. d, e Vernehmlassungsgesetz: "*Verordnungen und andere Vorhaben, die von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher [...] Tragweite sind*" oder die "*in erheblichem Mass ausserhalb der Bundesverwaltung vollzogen werden*"; bei Dringlichkeit vgl. Kurz-Konsultationen bei Covid-Massnahmen)
- Auslegungshilfen
- Behördenauskünfte
- Verhältnis zu EU-/ausländischen FAQ

Materielle Einzelfragen zu Ukraine-VO

Sperrung von Vermögenswerten und Meldepflicht

Umfang Sperr- und Meldepflichten

- Sperrung und Meldung (Art. 15, 16) bei grenzüberschreitenden Sachverhalten
 - Grundsätzlich aufgrund des Territorialitätsprinzips auf Gelder in der Schweiz beschränkt
 - Verwahrungskette ins Ausland: Muss Schweizer Verwahrungsstelle Bucheffekte sperren, wenn am Ende der Verwahrungskette ins Ausland ein sanktionierter Anleger steht (und sie dies weiss)?
Erkundigungspflicht / Due diligence (vgl. Art. 23a BEG betr. Angaben zu wirtschaftlich Berechtigten an Gesellschaften)?
- Ist Meldung noch erforderlich, wenn bereits jemand anderer an SECO (oder ausländische Sanktionsbehörde?) gemeldet hat?
- Ist für Meldepflicht tatsächlich ausreichend, von Vermögenswerten zu wissen?

Risiken übervorsichtiger Sperrung und Meldung

- Minderung zivilrechtlicher Risiken einer übervorsichtigen Sperrung
 - Z.B. mit Auskunft des SECO betreffend Sperrung, evtl. Feststellungsverfügung nach Art. 25 Abs. 2 VwVG (bei schutzwürdigem Interesse)
- Straf- und zivilrechtlicher "Gutgläubensschutz" für (übervorsichtige) Sperrung und Meldung (mögliche Berufsgeheimnisverletzung) wohl analog EU oder Art. 11 GwG?
 - Art. 10 Abs. 1 VO (EU) 269/2014: *"[Personen,] die im guten Glauben, im Einklang mit dieser Verordnung zu handeln, Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen einfrieren oder ihre Bereitstellung ablehnen, können hierfür nicht haftbar gemacht werden, es sei denn, es ist nachgewiesen, dass das Einfrieren oder das Zurückhalten der Gelder oder wirtschaftlicher Ressourcen auf Fahrlässigkeit beruht."*

"Normale Verwaltungshandlungen"

- Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 lit. b nimmt "*normale Verwaltungshandlungen von Finanzinstituten*" von Vermögenssperre aus
- Was sind "*normale Verwaltungshandlungen*"? Denkbar:
 - Rein technische Depotführungshandlungen (insb. Gutschrift von Zinsen und Dividenden)
 - Äquivalenzreinvestitionen, d.h. Wiederinvestition von befristeten Anlagen in äquivalente Produkte
 - Werterhaltende Verwaltungshandlungen, d.h. insb. Weiterverfolgung einer kapitalerhaltenden Anlagestrategie
 - Sämtliche Verwaltungshandlungen i.Z.m. Kundenvermögen

"Normale Verwaltungshandlungen"

— Grammatikalische Auslegung:

- Französischer Verordnungstext ("*actions administratives normales*") – kein üblicher Begriff für Vermögensverwaltung ("*gestion de fortune*" in Art. 3 lit. c Ziff. 3 FINIG)
- In branchenüblicher Terminologie bezeichnen die ähnlichen Begriffe der "*üblichen Verwaltungshandlungen*" bzw. "*technischen Verwaltungstätigkeit*" nicht die Vermögensverwaltung
- Grammatikalisch sind als "*normale Verwaltungshandlungen*" daher wohl bloss rein technische Depotführungshandlungen zu verstehen

— Systematische Auslegung:

- Art. 20 Abs. 4 lit. c^{bis} erlaubt Ausnahmewilligungen für Einlagen über CHF 100'000 "*zur Bezahlung von Gebühren oder Kosten für die routinemässige Verwahrung oder Verwaltung eingefrorener Gelder oder wirtschaftlicher Ressourcen*". Entsprechender englischer EU-Wortlaut "*routine maintenance*" umfasst klar nicht die (wirtschaftliche) Vermögensverwaltung ("portfolio management")
- Entspricht trotz unterschiedlicher Terminologie wohl den "*normalen Verwaltungshandlungen*" i.S.v. Art. 1 lit. b, die entsprechend auch auf technische Verwaltungshandlungen beschränkt wären

"Normale Verwaltungshandlungen"

— Teleologische Auslegung:

- Zweck der Sperrung von Geldern: Schaffung eines Druckmittels, Verhaltensänderung; nicht: strafrechtliche Massnahme
- Provisorischer Charakter: Nach Aufhebung von Sanktionierung sollte Betroffene grundsätzlich gleich gestellt sein wie vorher
- Jedoch Druck auch gerade durch Verwaltungsverbot und Gefahr, dass Vermögen geschmälert wird
- Teleologisch kein klares Ergebnis

— Auslegung in Einklang mit EU-Recht (s.o. Folie [21]):

- "*Vermögensverwaltung*" ("*portfolio management*") explizit verboten (Art. 1 lit. f VO (EU) 269/2014)
- In Schweizer Definition der Sperrung von Geldern (Art. 1 lit. b) nicht übernommen – wohl nur redaktionelle Kürzung
- Anlehnung an EU-Recht legt Beschränkung auf technische Verwaltung nahe

Zulässigkeit der Belastung von Gebühren

- Können für (zulässige, "normale") Verwaltungshandlungen Gebühren belastet werden oder ist dies erst nach Aufhebung der Sperrung oder aufgrund einer Bewilligung zulässig?
 - Art. 4 Abs. 1 lit. c VO (EU) 269/2014 ("*Bezahlung von Gebühren und Kosten für die routinemässige Verwahrung oder Verwaltung eingefrorener Gelder*") sieht Bewilligungsmöglichkeit vor; folglich offenbar bewilligungspflichtig
 - Ukraine-VO enthält keine entsprechende Regelung (nur Regelung zu Ausnahmebewilligungen für Einlageverbot, Art. 20 Abs. 4 lit. c^{bis})
 - "*Normale Verwaltungshandlungen*" schliessen nach einer Literaturmeinung die Gebührenbelastung ein (DÖBELI, Bankvertragsrechtliche Auswirkungen von internationalen Finanzsanktionen, 2020, 147)
 - Lage unklar; Bewilligung des SECO zur Erfüllung bestehender Verträge i.S.v. Art. 15 Abs. 5 lit. b denkbar

Verbote betreffend Trusts

Art. 28d Abs. 1: "Verwaltungsdienstleistungen"

- *"Die Errichtung eines Trusts oder einer ähnlichen Rechtsform und die Bereitstellung [...] von Verwaltungsdienstleistungen für Trusts sind verboten, wenn die folgenden Personen, Organisationen oder Einrichtungen Begründer oder Begünstigte sind [...]."*
- Sind "Verwaltungsdienstleistungen" (EU: "management services") auch Finanzdienstleistungen wie Kontoführung oder Vermögensverwaltung?
- Auslegungshilfe (erst ab 5. Juli 2022): Nein; nur administrative Verwaltung für den Trust an sich (z.B. Buchhaltung)

Art. 28d Abs. 2: Dienstleistungen für Trusts

- *"Es ist verboten, als Treuhänder, nomineller Anteilseigner, Geschäftsführer, Sekretär oder in einer ähnlichen Funktion für einen Trust oder ähnliche Rechtsform nach Absatz 1 zu handeln oder dies einer anderen Person zu ermöglichen."*
 - EU: Gleicher Wortlaut in deutscher Fassung bzw. *"It shall be prohibited [...] to act as, or arrange for another person to act as, a trustee, nominee shareholder, director, secretary or a similar position [...]"*
- Sind z.B. Finanzdienstleister erfasst?
 - Einzelfallbetrachtung: Anbieten von Finanzdienstleistungen (insb. das Ausführen neuer Anweisungen) könnte als *"ermöglichen"* (hingegen weniger als *"arrange for ..."*) betrachtet werden.
 - Handeln für einen Trust aufgrund einer umfassenden Vollmacht könnte als *"in einer ähnlichen Funktion handeln"* betrachtet werden (Auslegungshilfe: Funktionen, die Trustee gleichgesetzt, d.h. Anweisungen von Begründer entgegennimmt, um Angelegenheiten für Begünstigten zu verwalten; in EU-FAQ nicht erläutert)
 - *"Finanzdienstleistungen"* oder *"Bevollmächtigter"* jedoch nicht explizit in Art. 28d Abs. 2 genannt (vgl. demgegenüber etwa Art. 3 Abs. 2 *"Erbringung von Dienstleistungen aller Art, einschliesslich Finanzdienstleistungen"*), und gemäss Auslegungshilfe kein Fall von Abs. 1

Art. 28d Abs. 2: Dienstleistungen für Trusts

- *"Es ist verboten, als Treuhänder, nomineller Anteilseigner, Geschäftsführer, Sekretär oder in einer ähnlichen Funktion für einen Trust oder ähnliche Rechtsform nach Absatz 1 zu handeln [...]."*
 - EU: Gleicher Wortlaut in deutscher Fassung bzw. "trustee, nominee shareholder [...]"
- Nomineller Anteilseigner (nur) gleich Nominee im angelsächsischen Sinn?
 - Konzept des "Nominee" als wirtschaftlichem Eigentümer nicht deckungsgleich mit formal vs. wirtschaftlich Berechtigtem nach Schweizer Recht
 - "Nominee" bei Verwahrung, z.B. von Fondsanteilen, hingegen auch im Sinne eines blossen (Unter-) Verwahrers verwendet (der gegenüber dem übergeordneten Verwahrer die Identität des Anlegers nicht offenlegt, d.h. in eigenem Namen auftritt)
 - Begriff "nomineller Anteilseigner" auch schon in VE-revGwG 2018 verwendet; Erläuterungsbericht: *"Dabei tritt eine Drittperson an Stelle des eigentlichen Anteilseigners gegenüber einer Gesellschaft auf und lässt sich im entsprechenden Register eintragen."*
 - Demnach vermutlich blosser Verwahr-/Depot-"Nominee" nicht gemeint

Sanktionierung und GwG-Meldung

Meldung nach Art. 9 GwG aufgrund Sanktionierung?

- Begründet Sanktionierung/Vermögenssperre eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG?
 - Art. 9 Abs. 1 lit. a und lit. b GwG:
 - Bezug der Vermögenswerte zu Straftat nötig, Sanktionierung einer Person (gemäss Kriterien unter Ukraine-VO) indiziert dies (grundsätzlich) nicht (vgl. SECO, Analyse der Rechtsfragen zu den gesperrten russischen Vermögenswerten, 26.10.2022, 3: *"Die Aufnahme in eine Sanktionsliste bedeutet nicht per se, dass die Person eine Straftat begangen hat, und die Sperrung von Geldern bedeutet keineswegs, dass diese unrechtmässig erworben wurden"*)
 - Art. 9 Abs. 1 lit. c GwG:
 - Sanktionsliste ist keine Terrorliste i.S.v. Art. 22a GwG
 - Praxis scheint dennoch zu Meldung (evtl. unter Melderecht) zu neigen

Vorentwurf Gesetz über die Transparenz juristischer Personen

Ergänzungen GwG um EmbG-Prävention

- Vernehmlassung über das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen am 30. August 2023 eröffnet
- Inkl. Teilrevision GwG: Einbezug der Einhaltung des EmbG (bei Organisationspflichten)
 - *"Gegenstand: Dieses Gesetz regelt die Bekämpfung der Geldwäscherei [...], die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung [...] und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften, **unter anderem zur Verhinderung von Verstössen gegen Zwangsmassnahmen nach dem EmbG.**"* (Art. 1 GwG)
 - *"Organisatorische Massnahmen: Die Finanzintermediäre treffen in ihrem Bereich die **organisatorischen Massnahmen**, die zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung **sowie von Verstössen gegen Zwangsmassnahmen nach dem EmbG notwendig sind**. Sie sorgen insbesondere dafür, dass ihr Personal ausreichend ausgebildet wird und Kontrollen durchgeführt werden."* (Art. 8 GwG)
- Regelung in GwG kaum sachgerecht (s.a. Art. 4 FINMAG); fragwürdige embargorechtliche Sonderpflichten für Finanzbranche; Fachkompetenz v.a. der SRO und AO schwierig zu gewährleisten
- Gemäss Wortlaut wären verfassungsunmittelbare Sanktionsbestimmungen nicht erfasst

Materielle Änderungen der Pflichten?

— Erläuternder Bericht VE-TJPG:

- *"[Es] sollen die organisatorischen Pflichten [...] verstärkt werden, wodurch [FI] verpflichtet werden, die Risiken im Zusammenhang mit Sanktionen nach dem EmbG zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen."* (56)
- *"[Änderungen], durch die [FI] neu verpflichtet werden, auch [...] organisatorische[] Massnahmen zu treffen, die für die Verhinderung von Verstössen gegen Zwangsmassnahmen nach dem EmbG notwendig sind."* (56)
- *"Art. 8 enthält nun zusätzlich die Pflicht, [...] Massnahmen zu treffen, damit nicht gegen Zwangsmassnahmen nach dem EmbG verstossen wird. [...] Zunächst muss analysiert werden, welche Risiken [...] mit der Tätigkeit des [FI] verbunden sind, und danach müssen [sie] anhand eines Risikomanagements begrenzt und angemessen überwacht werden."* (123)
- *"Pflicht zur Einführung interner Weisungen [und] zur Errichtung eines Systems für die Überprüfung der Geschäftsbeziehungen[,] Auftraggeber und Begünstigten von Transaktionen im Hinblick auf Sanktionen."* (123)
- *"Risikoanalyse muss in regelmässigen Abständen durchgeführt und in die Analyse der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken integriert werden."* (123)

— Inhaltlich wohl praktisch keine Änderungen gegenüber heutigen (allgemeinen) Risikomanagementpflichten; Aussagen in Erläuterungsbericht ("neu" usw.) dürften sich auf Regelung *im* GwG beziehen

Aufsichts-/Kontrollzuständigkeiten (I/III)

- SECO heute grundsätzlich zuständige Behörde für die Kontrolle der Durchsetzung von Zwangsmassnahmen, z.B. mit Vor-Ort-Kontrollen und Verlangen von Auskünften (Art. 3 und 4 EmbG, Art. 31 Ukraine-VO). Keine (laufende und präventive) Aufsicht wie in Finanzmarkt
- Die organisatorischen Massnahmen des Finanzinstituts sind (offenbar) nicht direkter Gegenstand der SECO Kontrollen – nur "Zielerreichung", nicht "Wie":
 - *"Finanzinstitute sind verpflichtet, die vom Bundesrat erlassenen Zwangsmassnahmen umzusetzen. Das SECO kann kontrollieren, ob [...] diese Zwangsmassnahmen eingehalten werden. Die Art und Weise, wie ein Finanzinstitut organisiert sein muss, und das erforderliche Mass an Sorgfalt sind im Embargogesetz hingegen nicht ausdrücklich definiert. Die organisatorischen Massnahmen sind demnach nicht direkter Gegenstand der durch das SECO durchgeführten Kontrollen."* (Erläuternder Bericht VE-TJPG, 15)
 - Tatsächlich keine entsprechende Kompetenz des SECO unter Art. 3 f. EmbG?

Aufsichts-/Kontrollzuständigkeiten (II/III)

- Die FINMA überwacht auch heute schon als Teil der aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG; Art. 9 FINIG) das *Risikomanagement* in Bezug auf Sanktionen (inkl. ausländische):
 - *"Die FINMA ist für die Überwachung der aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften im Finanzmarktrecht zuständig. Diese Vorschriften verlangen, dass die beaufsichtigten Finanzinstitute alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfassen, begrenzen und überwachen sowie ein wirksames internes Kontrollsystem errichten. Dies schliesst nicht nur die strikte Einhaltung der Sanktionen, sondern auch die Begrenzung der Risiken im Zusammenhang mit der Missachtung oder Umgehung von ausländischen [!] Sanktionen ein."* (Erläuternder Bericht VE-TJPG, 15)
- FINMA führte in Abstimmung mit SECO 2022 Vor-Ort-Kontrollen durch, um organisatorische Massnahmen (z. B. interne Regelungen, Weisungen) in Bezug auf Sanktionen zu prüfen (design effectiveness) (Jahresbericht FINMA 2022, 29 f.; Erläuternder Bericht VE-TJPG, 15 f.)

Aufsichts-/Kontrollzuständigkeiten (III/III)

- Unter VE-TJPG soll Zuständigkeit des SECO als EmbG-Aufsichtsbehörde unverändert bleiben: Alleinige Zuständigkeit für Durchführung, Auslegung und Überwachung des *Vollzugs* der Sanktionsverordnungen sowie Untersuchung und Beurteilung von Verstößen
- Betreffend FINMA: Kodifikation der jüngeren Praxis
- Betreffend Nicht-FINMA-GwG-Aufsichtsbehörden (SRO, AO): neue Zuständigkeit; wohl anspruchsvoll, Kompetenz zu gewährleisten

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

PD Dr. Sandro Abegglen, Fürsprecher, LL.M.

Partner, Head Banking, Finance & Regulatory

sandro.abegglen@nkf.ch

