

# Identifizierungspflichten von Banken bei Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften



Dr. iur. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, Zürich\*



Klaus Wiesehöfer, MAS in Business Law FFHS, M.A. in Finance & Banking, Dipl.-Kfm., CAMS, Zürich\*\*

## I. Einleitung

Im April 2016 wurde die Öffentlichkeit durch die Publikation der sog. «Panama Papers» über die Existenz zahlreicher Sitzgesellschaften im Ausland informiert, welche zur Geldwäscherei und Steuerflucht genutzt wurden.<sup>1</sup> Das Thema ist durch die jüngsten Enthüllungen im Rahmen der «Pandora Papers» aktueller denn je.<sup>2</sup> Wer deliktisch erworbene Vermögenswerte<sup>3</sup>, welche aus gewissen kriminellen Handlungen oder qualifizierten Steuervergehen<sup>4</sup> stammen, in eine Sitzgesellschaft einbringt, begeht Geldwäscherei und macht sich strafbar.<sup>5</sup>

\* Dr. iur. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, ist Associate bei Walder Wyss AG in Zürich. Zudem ist er Dozent für Compliance & Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS) in Zürich.

\*\* Klaus Wiesehöfer, MAS in Business Law FFHS, M.A. in Finance & Banking, Dipl.-Kfm., CAMS, ist Senior Compliance Officer bei der Credit Suisse Services AG in Zürich.

Die Autoren danken Dr. iur. Pascal Zysset, Rechtsanwalt, Ayça Kuyumcuoglu, MLaw, und Elisha Odenheimer, MLaw, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anmerkungen.

Die Autoren vertreten vorliegend ausschliesslich ihre eigene Meinung und nicht diejenige ihrer Arbeitgeber.

- 1 Bastian Obermayer/Frederik Obermaier, Panama Papers, Die Geschichte einer weltweiten Enthüllung, Köln 2016, *passim*.
- 2 André Müller, Pandora Papers: Die Schweiz bietet noch immer Angriffsfläche im Kampf gegen Geldwäscherei, NZZ vom 5.10.2021, 22.
- 3 Monika Rentsch, Die Tatobjektseigenschaft von Surrogaten sowie Vermögenswerten teilweiser deliktischer Herkunft nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB (Geldwäscherei), Bern 2020, 2.
- 4 Als Vortaten von Geldwäscherei i.S.v. Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) gelten Verbrechen i.S.v. Art. 10 StGB sowie qualifizierte Steuervergehen nach Art. 186 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11) sowie Art. 59 Abs. 11. Lemma des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14) (vgl. Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 sowie 1<sup>bis</sup> StGB).
- 5 Art. 305 StGB.

Neben einer Vielzahl von legitimen Zwecken können Sitzgesellschaften auch zur Verschleierung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten an Vermögenswerten verwendet werden. Um Geldwäscherei zu verhindern, treffen Banken und andere Finanzintermediäre unter dem Geldwäschereigesetz diverse Pflichten. Diese Pflichten werden in der GwV, der GwV-FINMA sowie in der VSB 20 konkretisiert. Der vorliegende Beitrag analysiert die Pflichten, welche Banken bei Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften einhalten müssen. Die Autoren legen die entsprechenden Bestimmungen aus, geben Hinweise aus der Praxis und unterziehen die Regelung einer kritischen Würdigung.

Outre un certain nombre d'objectifs légitimes, les sociétés de domicile peuvent aussi être utilisées pour dissimuler l'identité de l'ayant droit économique de valeurs patrimoniales. Afin d'empêcher le blanchiment d'argent, les banques et autres intermédiaires financiers sont soumis à diverses obligations fondées sur la loi sur le blanchiment d'argent. Ces obligations sont concrétisées dans l'OBA, l'OBA-FINMA ainsi que dans la CDB 20. Le présent article analyse les obligations que les banques doivent respecter dans leurs relations d'affaires avec des sociétés de domicile. Les auteurs interprètent les dispositions spécifiques, donnent des indications tirées de la pratique et soumettent la réglementation à une appréciation critique. (P.P.)

Der Rückgriff auf eine Sitzgesellschaft kann den wirtschaftlichen Hintergrund der mit einer Geschäftsbeziehung verbundenen Kapitalflüsse verschleiern und die Wahrscheinlichkeit verringern, die realen wirtschaftlich Berechtigten der involvierten Vermögenswerte ausfindig zu machen. In der Praxis erweist sich das Verständnis von Sitzgesellschaften als essenziell für jeden *Compliance Officer*: 44,36% der im Jahr 2017 wegen Geldwäscherei im Zusammenhang mit Korruption als Vortat gemeldeten Geschäftsbeziehungen betrafen Sitzgesellschaften.<sup>6</sup>

Um Geldwäscherei zu bekämpfen, müssen Finanzintermediäre gemäss den Bestimmungen des GwG<sup>7</sup> u.a. ihre Vertragspartner identifizieren, die wirtschaftlich Berechtigten feststellen und bei erhöhten Risiken die Herkunft der Vermögenswerte abklären. Sofern eine Geschäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft vorliegt, sind bei der Erfüllung dieser Pflichten einige Besonderheiten zu beachten. Die vorliegende Abhandlung widmet sich den Pflichten von Banken bei Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften und unterzieht die diesbezüglichen Besonderheiten einer kritischen Betrachtung.

## II. Definition einer Sitzgesellschaft

Das GwG definiert den Begriff der Sitzgesellschaft nicht. Gemäss Art. 6 Abs. 2 GwV<sup>8</sup> gelten juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, als Sitzgesellschaften.

Aus Sicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) handelt es sich bei Sitzgesellschaften um Finanzvehikel, welche der Verwaltung der Vermögenswerte für die wirtschaftlich Berechtigten dienen und keiner operativen Tätigkeit nachgehen.<sup>9</sup> Wesentlich ist,

6 Interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT), National Risk Assessment (NRA): Korruption als Geldwäschereivortat, Bericht vom April 2019, <<https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/jb.html>> (zuletzt besucht am 9.12.2021) 33.

7 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

8 Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV) vom 11. November 2015 (SR 955.01).

9 FINMA, Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV) vom 20. Oktober 2011, Rz. 102, Rz. 105.

dass die Organe der Sitzgesellschaften fiduziarisch bzw. auf Weisung eines an der Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigten handeln und wirtschaftlich betrachtet den Hauptzweck verfolgen, das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten zu verwalten und die damit verbundenen Erträge oder Kapitalgewinne zu erzielen, welche dieses Vermögen abwirft.<sup>10</sup> Für die Abgrenzung gegenüber einer operativen Gesellschaft stellt die FINMA auf Indizien ab. Diese ergeben sich insbesondere aus der Bilanz und der Erfolgsrechnung der jeweiligen Gesellschaft. Wenn ein Vermögenswert den dominierenden Bilanzposten einer Gesellschaft bildet und in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerten herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen werden, stellen dies gewichtige Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft dar.<sup>11</sup>

Nach *Arter/Dürig* ist der Marktauftritt ebenfalls ein wichtiges Abgrenzungskriterium.<sup>12</sup> Im Unterschied zum Gewerbe, welches als eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen ist,<sup>13</sup> zeichnet sich die Verwaltung des eigenen Vermögens dadurch aus, dass kein eigentlicher Kundenverkehr zur Erzielung von Erträgen stattfindet und nach aussen kein Eingriff in das Marktgeschehen erkennbar ist. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft sind ferner das Fehlen eigener Geschäftsräumlichkeiten oder von eigenem Personal.

Art. 39 Abs. 2 der VSB 20<sup>14</sup>, des Regelwerks der Schweizerischen Bankiervereinigung, welches von der FINMA als Mindeststandard anerkannt wurde,<sup>15</sup> enthält eine ähnliche Definition von Sitzgesellschaften wie die GwV: Die VSB 20 knüpft an die Tatsache an, dass die fraglichen Gesellschaften nicht operativ tätig sind. Gemäss

10 FINMA (Fn. 9) Rz. 103 f.

11 FINMA (Fn. 9) Rz. 103.

12 *Oliver Arter/Benjamin Dürig*, Organtätigkeit in Sitz- und Holdinggesellschaften: Wann sind die Pflichten gemäss der Geldwäschereigesetzgebung einzuhalten?, EF 2021 66 ff., 68.

13 Vgl. Art. 2 lit. a der Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411).

14 *Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)*, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20) vom 13. Juni 2018, <[https://www.swissbanking.ch/\\_Resources/Persistent/e/2/5/4/e254d3078d72c23dcbc13352a34223c518303ec8/SBVg\\_Vereinbarung\\_VSB\\_2020\\_DE.pdf](https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/e/2/5/4/e254d3078d72c23dcbc13352a34223c518303ec8/SBVg_Vereinbarung_VSB_2020_DE.pdf)> (zuletzt besucht am 9.12.2021).

15 Die FINMA hat die VSB 20 im Rahmen von Art. 7 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1) als Mindeststandard anerkannt und publiziert diese auf ihrer Homepage (FINMA, Selbstregulierungen, <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung/>> [zuletzt besucht am 9.12.2021]).

Art. 39 Abs. 3 VSB 20 sprechen für eine Qualifikation als Sitzgesellschaft das Fehlen eigener Geschäftsräume sowie das Fehlen eigenen Personals. Liegen diese Indizien vor und kommt eine Bank dennoch zum Schluss, dass keine Sitzgesellschaft vorliegt, so muss sie den Grund für diese Einschätzung aktenkundig festhalten. Nicht als Sitzgesellschaften gelten wiederum Gesellschaften, welche die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen.<sup>16</sup> Sie haben deshalb keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung abzugeben, solange sie ausschliesslich die genannten Zwecke verfolgen.<sup>17</sup> Gleichermassen gilt dies für Gesellschaften, die eine oder mehrere Gesellschaften, welche operativ tätig sind, mehrheitlich halten und deren Zweck nicht hauptsächlich in der Verwaltung von Vermögen Dritter besteht (Holdinggesellschaften), da diese ebenfalls nicht unter die Definition einer Sitzgesellschaft fallen.<sup>18</sup>

Personen, welche berufsmässig als Organ für Sitzgesellschaften tätig sind, gelten gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. d GwV als Finanzintermediäre und werden vom GwG als solche erfasst.<sup>19</sup> Hintergrund dieser Regelung ist, dass Sitzgesellschaften kein «fremdes» Vermögen verwalten und dementsprechend nicht unter das GwG fallen (können). Da durch die Organpersonen einer Sitzgesellschaft jedoch *de facto* fremdes (nämlich den wirtschaftlich Berechtigten gehörendes) Vermögen verwaltet wird, werden die Organpersonen als Finanzintermediäre qualifiziert und dem GwG unterstellt.<sup>20</sup> Die Unterstellung der Organpersonen von Sitzgesellschaften soll in diesem Beitrag allerdings nicht weiter abgehandelt werden. Im Zentrum steht vielmehr die Pflichterfüllung von Banken, wenn diese in ihrer Eigenschaft als Finanzintermediäre unter prudenzieller Aufsicht<sup>21</sup> mit Sitzgesellschaften Kontaktebeziehungen unterhalten. Zu Vertragsbeziehungen

mit Sitzgesellschaften finden sich in der GwV-FINMA<sup>22</sup> einschlägige Bestimmungen, welche für alle dem GwG unterstellten Finanzintermediäre gelten. Darüber hinaus enthält die VSB 20 spezifische Regeln für Banken, die diese bei Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften beachten müssen. Diese besonderen Bestimmungen werden nachfolgend im Detail untersucht.

### III. Sorgfaltspflichten

#### A. Identifizierung der Vertragspartei

Die im GwG genannten Sorgfaltspflichten müssen von der Bank grundsätzlich für jede Vertragspartei berücksichtigt werden, sofern sie eine finanzintermediäre Tätigkeit ausübt. Die erste wichtige Pflicht ist die Identifizierung der Vertragspartei. Die Rechtsgrundlagen für diese Pflicht finden sich in Art. 3 GwG und im fünften Titel der GwV-FINMA (Art. 44 ff. GwV-FINMA). Die VSB 20 definiert im zweiten Kapitel spezifische Regeln zur Identifizierung der Vertragspartei, welche durch Banken zu beachten sind. Das Ziel der Identifizierungspflicht ist es, den Durchgriff durch formale Verfügungsverhältnisse auf die tatsächliche wirtschaftliche Berechtigung zu erlauben.<sup>23</sup> Ist der Vertragspartner eine juristische Person, gehört zu den zentralsten Pflichten des Finanzintermediärs, dass er bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen seinen Vertragspartner bzw. Kunden aufgrund eines beweiskräftigen Dokuments identifiziert, die Identität der Personen überprüft, die im Namen der juristischen Person die Geschäftsbeziehung aufnehmen, sowie die Bevollmächtigungsbestimmungen zur Kenntnis nimmt und dokumentiert. Diese Pflicht schafft Transparenz im Geldverkehr, sodass Vermögenswerte mit potenziell deliktischem Hintergrund zugeordnet und Geldflüsse nachvollzogen werden können.<sup>24</sup>

16 Art. 2 lit. a Ziff. 1 GwV-FINMA. Diese Begriffselemente können u.E. teilweise analog der entsprechenden Praxis der ESTV zu Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG sowie Art. 56 lit. g DBG ausgelegt werden (vgl. hierzu im Detail *Thomas Nagel*, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes [GwG]: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 736 ff.).

17 Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 20.

18 Art. 39 Abs. 4 lit. b VSB 20.

19 In dieser Eigenschaft sind sie verpflichtet, sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen und die GwG-Pflichten einzuhalten.

20 Vgl. hierzu im Detail *Nagel* (Fn. 16) Rz. 730 ff.

21 Art. 2 Abs. 1 lit. a GwG.

22 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).

23 *Tamara Taube*, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Zürich/St. Gallen 2013, 106.

24 *Philipp Abegg et al.*, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, Zürich 2019, 464 f.; *Günther Dobrauz-Saldapenna/Corsin Derungs*, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017, Art. 3 GwG N 1, N 3.

Die Identifikationspflicht entsteht mit der Aufnahme einer vertraglichen Beziehung i.S.v. Art. 1 OR<sup>25</sup>, welche sich auf Finanzgeschäfte bezieht.<sup>26</sup> Die Identifikation muss zeitlich vor oder spätestens zeitgleich mit der verbindlichen Aufnahme einer Geschäftsbeziehung,<sup>27</sup> d.h. im Zeitpunkt, in dem der Vertragspartner erstmals Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen kann, erfolgt sein.<sup>28</sup> Dieser Zeitpunkt kann u.a. mit der Eröffnung von Konten oder Depots, mit der Vornahme von Treuhandgeschäften, mit der Vermietung von Schrankfächern, mit der Annahme von Aufträgen zur Verwaltung von Vermögen, die bei Dritten liegen, oder mit der Ausführung von Handelsgeschäften über Effekten, Devisen oder Edelmetalle eintreten.<sup>29</sup> In der Praxis erfolgt die Identifikation von Sitzgesellschaften i.d.R. bereits vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung, d.h., bevor Finanzdienstleistungen in Anspruch genommen werden können. Dies ist in der Tatsache begründet, dass nach der durchgeführten Identifikation u.U. vertiefere Abklärungen durchzuführen sind. Bevor die Bank die Geschäftsbeziehung aufnehmen kann, müssen diese Abklärungspflichten erfüllt werden.<sup>30</sup> Lassen sich diese Abklärungen nicht vornehmen, sollte die Bank die Geschäftsbeziehung ablehnen oder gar eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (*Money Laundering Reporting Office Switzerland [MROS]*) absetzen, sofern sich ein Verdacht i.S.v. Art. 9 GwG ergibt.

Bei juristischen Personen müssen die Firma, die effektive Sitzadresse sowie die Mittel, anhand derer die Identität geprüft wurde, festgehalten werden (Art. 7 Abs. 2 VSB 20). Bei der Ermittlung der Sitzadresse kann auf Identifikationsdokumente oder auf den Ort der tatsächlichen Verwaltung, d.h. auf den wirtschaftlichen und tatsächlichen Mittelpunkt der Aktivitäten, abgestellt werden.<sup>31</sup> Ist die Identität einer juristischen Person

allgemein bekannt,<sup>32</sup> kann lediglich die Tatsache, dass die Identität allgemein bekannt ist, aktenkundig festgehalten werden (Art. 17 Abs. 1 VSB 20). Dieses vereinfachte Verfahren ist bei Sitzgesellschaften, die nicht (in-) direkt mit einer Publikumsgesellschaft verbunden sind, unzulässig (Art. 17 Abs. 2 VSB 20).<sup>33</sup>

Bei einer Geschäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft ist die Sitzgesellschaft die Vertragspartei. Die Bank muss zur Erfüllung der Identifikationspflicht nachweisen lassen, dass die als Kundin auftretende Sitzgesellschaft tatsächlich besteht. Dazu können bei Gesellschaften, welche nicht im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, auch die Statuten, der Gründungsvertrag, die Gründungsakte, eine behördliche Bewilligung, eine Bestätigung der Revisionsstelle oder ein Auszug aus einem vertrauenswürdigen privaten Register dienen.<sup>34</sup> Das Dokument darf jedoch nicht älter als zwölf Monate sein.<sup>35</sup> Heim/Wettstein sind der Ansicht, dass eine Gründungsurkunde nicht als Identifizierungsdokument ausreicht, da diese keine Bestätigung über die Frage enthalte, ob die Gesellschaft noch besteht.<sup>36</sup> Die Meinung der Autorinnen ist u.E. nachvollziehbar, doch in der Praxis werden diese Dokumente in Anwendung von Art. 47 GwV-FINMA im Allgemeinen akzeptiert, sofern sich keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben ergeben. Zudem ist es für eine Bank ein Leichtes, zumindest bei Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, online im Handelsregister zu verifizieren, ob die als Kundin auftretende Sitzgesellschaft noch besteht oder ob diese mittlerweile aus dem Handelsregister gelöscht wurde bzw. in Liquidation steht. Ist die Sitzgesellschaft im schweizerischen Handelsregister eingetragen, dann kann diese i.S.v. Art. 12 VSB 20 mit dem Handelsregisterauszug identifiziert und deren Existenz nachgewiesen werden. Ein Auszug einer ausländischen Behörde aus einem Register, welches mit dem schweizerischen Handelsregister vergleichbar ist, gilt als einem schweizerischen Handelsregisterauszug

25 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220).

26 SHK GwG-Dobrauz-Saldapenna/Derungs (Fn. 24) Art. 3 GwG N 4; Ralph Wyss, in: Daniel Thelesklaf et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, GwG Kommentar/AMLA Commentary, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3. A., Zürich 2019, Art. 3 GwG N 1.

27 Vgl. Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 GwG sowie Art. 4 Abs. 1 VSB 20.

28 SHK GwG-Dobrauz-Saldapenna/Derungs (Fn. 24) Art. 3 GwG N 4; OFK GwG-Wyss (Fn. 26) Art. 3 GwG N 5.

29 Vgl. Art. 4 Abs. 1 VSB 20; SHK GwG-Dobrauz-Saldapenna/Derungs (Fn. 24) Art. 3 GwG N 4.

30 Zu den Abklärungen vgl. sogleich III.D.

31 SHK GwG-Dobrauz-Saldapenna/Derungs (Fn. 24) Art. 3 GwG N 23 f.; m.w.H. zum Ort der tatsächlichen Verwaltung: BGER 2C\_1086/2012 vom 16.5.2013 E. 2.2.

32 Die Identität gilt als allgemein bekannt, wenn die Vertragspartnerin eine Publikumsgesellschaft ist bzw. mit einer solchen (in)direkt verbunden ist.

33 SHK GwG-Dobrauz-Saldapenna/Derungs (Fn. 24) Art. 3 GwG N 40.

34 Art. 47 Abs. 2 lit. a und b GwV-FINMA sowie Art. 12 f. VSB 20.

35 Abegg et al. (Fn. 24) 464 f.; Markus Meuwly, Revision GwG – Beratende Anwälte im Visier des Regulators, Anwaltsrevue 2020 7 ff., 9.

36 Kathrin Heim/Tamara Wettstein, VSB 2020, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2019, 113.

gleichwertig.<sup>37</sup> Ausländische Sitzgesellschaften dürfen auch mittels eines von einem *Registered Agent* unterzeichneten *Certificate of Incumbency* identifiziert werden, sofern abgeklärt wurde, ob dieser auch tatsächlich vom Vertragspartner eingesetzt wurde.<sup>38</sup> Weiter ist auch eine Identifikation mit einem *Certificate of Good Standing* oder einem *Certificate of Incorporation* möglich.<sup>39</sup>

Zusätzlich muss die Bank die Identität der Organpersonen der Sitzgesellschaft, welche die Geschäftsbeziehung eröffnen, überprüfen (Art. 15 Abs. 1 VSB 20). Erfasst werden nicht nur die formellen<sup>40</sup> und materiellen Organe<sup>41</sup>, sondern auch die faktischen Organe. Als faktisches Organ gelten der Hauptaktionär oder die Personen, welche dauerhaft und selbstständig für die Sitzgesellschaft Entscheide treffen können, welche (eigentlich) den Organen im formellen Sinn vorbehalten sind.<sup>42</sup> Zudem muss die Bank die Bevollmächtigungsbestimmungen des Vertragspartners zur Kenntnis nehmen und dokumentieren (Art. 15 Abs. 3 VSB 20).

Scheitert die Identifizierung der Vertragspartei, so ist die Bank verpflichtet, die Aufnahme der Geschäftsbeziehung abzulehnen bzw. eine bestehende Geschäftsbeziehung abzubrechen.<sup>43</sup>

## B. Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten

Gemäss Art. 4 GwG muss jeder Finanzintermediär mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Personen bestimmen, die auf erkennbare Weise die juristische Person tatsächlich beherrschen («Feststellungsprinzip») und die getätigten Abklärungen dokumentieren (Art. 7 GwG).<sup>44</sup> Der Sorgfaltsmassstab ist dabei risikoba-

siert festzulegen.<sup>45</sup> Am 19. März 2021 hat das Parlament der Revision des GwG zugestimmt, welche u.a. eine Präzisierung von Art. 4 Abs. 1 GwG mit sich bringt. Demzufolge muss ein Finanzintermediär neben der (bereits *de lege lata* geltenden) Pflicht, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen, neu auch ausdrücklich deren Identität überprüfen, um sich zu vergewissern, wer die wirtschaftlich berechnete Person ist (Art. 4 Abs. 1 nGwG<sup>46</sup>).<sup>47</sup> Die Überprüfung der Angaben zu der wirtschaftlichen Berechnung war bereits durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts eingeführt worden. Demzufolge durfte sich ein Finanzintermediär mit Erklärungen zur wirtschaftlichen Berechnung nicht ohne Weiteres zufriedengeben, wenn es diesbezügliche Ungereimtheiten gab.<sup>48</sup> Die neue Bestimmung verankert somit das Hinterfragen der Angaben zur wirtschaftlichen Berechnung ausdrücklich im Gesetz und schafft Rechtssicherheit.<sup>49</sup> Sollte die neue Bestimmung dahingehend auszulegen sein, dass neu analog zur Identifizierung der Vertragspartei auch Identifizierungsdokumente für den wirtschaftlich Berechneten eingefordert werden müssen, dann muss diese neue Anforderung u.E. auch in der VSB berücksichtigt werden, welche keine milderen Vorschriften als das GwG enthält, sondern dieses präzisiert. Die Folge einer solchen Auslegung, welche u.E. sehr weitgehend und in unzweifelhaften und klaren Fällen auch unnötig ist, wäre ein signifikanter Mehraufwand für die *Compliance* bei der Eröffnung von Kundenbeziehungen. Das gilt insbesondere für Kundenbeziehungen mit komplexen Strukturen und involvierten Sitzgesellschaften. Es bleibt u.E. abzuwarten, wie der Regulator (und allenfalls die Rechtsprechung) diese Bestimmung auslegen wird.

37 PraxKomm. VSB 20-Heim/Wettstein (Fn. 36) 116.

38 Meuwly (Fn. 35) 10.

39 Vgl. SBVg, Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20), 20, <[https://www.swissbanking.ch/\\_Resources/Persistent/7/5/4/0/7540d3f0fe373ac60e984a6a0e3f89f70a5a3e88/SBVg\\_Kommentar\\_zur\\_Vereinbarung\\_%C3%BCber\\_die\\_Standesregeln\\_zur\\_Sorgfaltspflicht\\_der\\_Banken\\_VSB\\_20\\_DE.pdf](https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/7/5/4/0/7540d3f0fe373ac60e984a6a0e3f89f70a5a3e88/SBVg_Kommentar_zur_Vereinbarung_%C3%BCber_die_Standesregeln_zur_Sorgfaltspflicht_der_Banken_VSB_20_DE.pdf)> (zuletzt besucht am 9.12.2021); PraxKomm. VSB 20-Heim/Wettstein (Fn. 36) 121.

40 I.S.v. Art. 707 OR.

41 I.S.v. Art. 698 OR.

42 BGE 114 V 214 E. 3; vgl. auch FINMA (Fn. 9) Rz. 101.

43 Art. 55 Abs. 2 GwV-FINMA.

44 OFK GwG-Wyss (Fn. 26) Art. 4 GwG N 4; Martin Liebi/Lionel Conod, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017, Art. 4 GwG N 52.

45 OFK GwG-Wyss (Fn. 26) Art. 4 GwG N 4.

46 Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 19. März 2021 (zit. nGwG), BBl 2021 668.

47 Der Wortlaut der Bestimmung entspricht einer wortgetreuen Übersetzung der FATF-Empfehlung (FATF, The FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Paris 2012 [updated October 2020], <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>> (zuletzt besucht am 9.12.2021) Art. 10 lit. b FATF-Empfehlung: «Identifying the beneficial owner, and taking reasonable measures to verify the identity of the beneficial owner»; vgl. hierzu auch Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019 (zit. Botschaft GwG), BBl 2019 5451 ff., 5507.

48 BGE 125 IV 139 E. 4.

49 Botschaft GwG (Fn. 47) 5508.

Eine Sitzgesellschaft muss nicht *per se* komplex ausgestaltet sein. Sie kann jedoch vertraglich oder durch Beteiligungen in eine Struktur, d.h. ein Gebilde von mehreren Gesellschaften eingebettet sein.<sup>50</sup> Dies kann die Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten u.U. enorm erschweren.

Grundsätzlich gilt die Vermutung, dass die Vertragspartei wirtschaftlich Berechtigte ist. Sitzgesellschaften können jedoch definitionsgemäss<sup>51</sup> selbst nie wirtschaftlich berechtigt sein. Art. 39 Abs. 1 VSB 20 sowie Art. 63 Abs. 1 GwV-FINMA verlangen deshalb von Banken, dass diese bei Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften vom Vertragspartner eine Erklärung über die an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten mittels Formular A einholen. Börsenkotierte Sitzgesellschaften haben demgegenüber keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung abzugeben.<sup>52</sup>

Die vom Bundesgericht<sup>53</sup> genannte Definition bezüglich der wirtschaftlich Berechtigten hält fest, dass diejenigen Personen wirtschaftlich berechtigt sind, welche über die Vermögenswerte faktisch bestimmen können. Danach ist für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen. Wie die «*Panama Papers*» gezeigt haben, wurden bzw. werden teilweise Personen als wirtschaftlich Berechtigte ausgewiesen, welche letztlich nicht tatsächlich (d.h. aus wirtschaftlicher Sicht) über die Vermögenswerte der Sitzgesellschaft verfügen können.<sup>54</sup> Je nach Komplexität der Struktur ist es für die *Compliance* nicht ohne Weiteres möglich, den «*Ultimate Beneficial Owner*» aus der Struktur zu erkennen. Diesbezüglich bedarf es Lösungsmöglichkeiten, um solche Strukturen in ihrer Komplexität nachvollziehen zu können. Bleiben die wirtschaftlich Berechtigten einer Sitzgesellschaft trotz intensiver Abklärungen der Bank unklar bzw. bestehen Zweifel über die Richtigkeit der Erklärung der Vertragspartei zur wirtschaftlich berechtigten Person, so ist die Bank verpflichtet, die Eröffnung einer Geschäftsbeziehung abzulehnen bzw. eine

bestehende Geschäftsbeziehung abubrechen und bei Verdacht zu melden.<sup>55</sup>

### C. Transaktionsanalyse aufgrund einer erhöhten Sorgfaltspflicht

Sitzgesellschaften können (müssen jedoch nicht) in eine kompliziert ausgestaltete Struktur eingebettet werden. Entsprechend muss eine Bank u.U. erhöhte Sorgfaltspflichten anwenden, wenn sie mit Sitzgesellschaften eine Geschäftsbeziehung eingeht. Die Rechtsgrundlagen für die erhöhten Sorgfaltspflichten finden sich in Art. 6 GwG und im ersten Titel (fünftes Kapitel) der GwV-FINMA. Die VSB 20 beinhaltet keine eigene Bestimmung zu erhöhten Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Sitzgesellschaften.

Die im GwG enthaltene Überschrift von Art. 6 GwG («*Besondere Sorgfaltspflichten*») ist zumindest in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 GwG falsch, da dieser eine bedeutende Sorgfaltspflicht regelt, welche ohnehin für alle Geschäftsbeziehungen gilt – es handelt sich dabei um die Anwendung des risikobasierten Ansatzes bei der Führung einer Geschäftsbeziehung im Allgemeinen.<sup>56</sup> Der Finanzintermediär muss die Kriterien, welche auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken hinweisen, selbst bestimmen (Art. 13 Abs. 1 GwV-FINMA). Art. 13 Abs. 2 GwV-FINMA listet abstrakte Kriterien auf, welche auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken hindeuten können. Diese Kriterien sind nicht abschliessend und dienen lediglich als Hilfestellung für den Finanzintermediär.<sup>57</sup> Art. 6 Abs. 2–4 GwG enthalten Tatbestände, welche eine erhöhte Sorgfalt erfordern. Auch wenn eine Sitzgesellschaft nicht *per se* in eine komplexe Struktur eingebettet ist,<sup>58</sup> können Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG als «*ungewöhnliche*» Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen gelten, welche eine erhöhte Sorgfaltspflicht nach sich ziehen. Das ist auch das Verständnis der *Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)*.<sup>59</sup> Dementsprechend ist in

50 FINMA, Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA), Bericht über die Anhörung vom 4. September bis 16. Oktober 2017 zum Entwurf der Teilrevision der GwV-FINMA vom 20. Juni 2018, <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2017/>> (zuletzt besucht am 9.12.2021) 20 ff.

51 Vgl. hierzu vorne II.

52 Art. 4 Abs. 1 GwG, Art. 63 Abs. 4 GwV-FINMA sowie Art. 39 Abs. 5 VSB 20.

53 BGE 125 IV 139 E. 3c.

54 Obermayer/Obermaier (Fn. 1) *passim*.

55 Art. 68 Abs. 2 GwV-FINMA.

56 In diesem Sinne: Doris Hutzler, in: Jürg Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen/Kriminelle Organisationen, Einziehung | Kriminelle Organisation | Finanzierung des Terrorismus | Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 6 GwG N 12.

57 KKV GwG-Hutzler (Fn. 56) Art. 6 GwG N 15 f.

58 FINMA, Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA), Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA vom 4. September 2017, <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/archiv/abgeschlossene-anhoerungen/2017/>> (zuletzt besucht am 9.12.2021) 17, 26.

59 FATF (Fn. 47) 19.

Art. 13 Abs. 2 lit. h GwV-FINMA geregelt, dass bei Vorliegen komplexer Strukturen (insbesondere durch die Verwendung mehrerer Sitzgesellschaften oder von einer Sitzgesellschaft mit fiduziarischen Aktionären), in einer intransparenten Jurisdiktion, ohne nachvollziehbaren Grund oder zwecks kurzzeitiger Vermögensplatzierung, eine Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken vorliegt. Die Berücksichtigung der Indizien «Land» und «Transaktionen» in Art. 13 GwV-FINMA ist ohne Weiteres nachvollziehbar, da die Sitzgesellschaft je nach Wahl der Jurisdiktion regulatorische Vorteile<sup>60</sup> geniessen kann<sup>61</sup> und daraus bei der Vermögensstrukturierung komplexe Transaktionen resultieren können. Als «intransparente Jurisdiktion» i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. h GwV-FINMA gelten nicht nur Länder, welche durch die FATF als «High Risk» eingestuft werden: Im Zusammenhang mit Sitzgesellschaften gelten insbesondere Jurisdiktionen als «intransparent», welche für diese keinen automatischen Informationsaustausch mit den Ländern der wirtschaftlich Berechtigten vorsehen oder welche über keine den FATF-Empfehlungen 24 und 25 entsprechenden Massnahmen zur Herstellung von Transparenz über die wirtschaftliche Berechtigung verfügen.<sup>62</sup>

Geschäftsbeziehungen mit ausländischen Sitzgesellschaften können für eine erfahrene Privatbank mit etablierten Beziehungen zu vertrauenswürdigen Vermögensverwaltern und Treuhandgesellschaften eine alltägliche Routinearbeit darstellen, die mit der vorhandenen Ausbildung und Erfahrung der Mitarbeiter als normales Risiko beurteilt werden kann. Eine gleiche Geschäftsbeziehung kann jedoch für eine in diesem Bereich unerfahrene Regionalbank mit Tätigkeiten im lokalen Kommerz- und Hypothekargeschäft ein erhöhtes Risiko darstellen.<sup>63</sup> Gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. b GwV-FINMA sind Transaktionen in Länder oder aus Ländern, welche von der FATF als «High Risk» oder «Non-Cooperative» klassifiziert werden, als solche mit erhöhten Risiken einzuordnen. In Art. 38 GwV-FINMA wird verankert, dass die im Anhang der GwV-FINMA aufgelisteten Anhaltspunkte für Geldwäscherei ebenfalls als Kriterien für Transaktionen mit erhöhten Risiken beigezogen werden können. Die im Anhang aufgeführten Anhaltspunkte stehen

teilweise in Einklang mit Art. 6 Abs. 2 GwG und ergänzen diese u.E.

Art. 6 Abs. 1 GwG verlangt von den Finanzintermediären, dass sie ein differenziertes Kundenprofil erstellen.<sup>64</sup> Gemäss Art. 6 Abs. 2 GwG ist bei Vorliegen gewisser Umstände eine Transaktionsanalyse durchzuführen. Für die Wirksamkeit einer Transaktionsanalyse ist es notwendig, dass die Bank Kriterien zur Erkennung von Transaktionen mit erhöhten Risiken definiert. Für das Transaktionsverhalten einer Sitzgesellschaft kann die Bank die Transaktionsart, das Volumen der Transaktion und die Häufigkeit der Zahlungsflüsse berücksichtigen.<sup>65</sup> In Anlehnung an Art. 13 Abs. 2 lit. i GwV-FINMA ist zunächst i.S.v. Art. 14 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA die Höhe der Zu- und Abflüsse der Vermögenswerte auf dem Konto der Sitzgesellschaft festzustellen. Die Transaktionen i.S.v. Art. 14 Abs. 3 lit. a GwV-FINMA gelten in jedem Fall als erhöhtes Risiko, wenn bei der Geschäftseröffnung mit der Sitzgesellschaft Vermögenswerte von mehr als CHF 100 000.00 an die Bank übertragen werden. Dieses Element würde aus Sicht der Autoren für die Sitzgesellschaft zu kurz greifen, wenn es als alleiniges Kriterium von der Bank berücksichtigt würde, weshalb weitere Gesichtspunkte zur Beurteilung der Transaktion beigezogen werden müssen.

Neben den Transaktionen von Ländern und in Länder, die von der FATF als «High Risk»- oder «Non-Cooperative»<sup>66</sup>-Jurisdiktion bezeichnet werden, gilt eine Geschäftsbeziehung mit in diesen Ländern domizilierten wirtschaftlich Berechtigten i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a GwV-FINMA ebenfalls als Geschäftsbeziehung mit erhöhter Sorgfaltspflicht. Eine Bank kann diesem Erfordernis aber nur nachkommen, wenn es ihr überhaupt möglich ist, den (wahren) wirtschaftlich Berechtigten an der Sitzgesellschaft festzustellen. Die vom Gesetz geforderte Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten dürfte nicht bei jeder Geschäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft zweifelsfrei möglich sein, da Sitzgesellschaften (auch) das Ziel haben können, die wirtschaftlich Berechtigten nicht nach aussen auftreten zu lassen. Dies wird i.d.R. durch eine entsprechende Strukturierung bzw. Einbettung von Sitzgesellschaften in eine Unternehmensgruppe bewerkstelligt.<sup>67</sup> Hier zeigt sich aus Sicht der Auto-

60 Das Ausweichen auf Länder mit möglichst günstigen Rahmenbedingungen wird als *Regulatory Arbitrage* bezeichnet.

61 Pascal Zysset, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht, Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 245.

62 FINMA (Fn. 58) 26 f.

63 KKV GwG-Hutzler (Fn. 56) Art. 6 GwG N 8.

64 KKV GwG-Hutzler (Fn. 56) Art. 6 GwG N 14.

65 Corsin Derungs/Günther Dobrauz, in: Corsin Derungs/Günther Dobrauz (Hrsg.), Tafeln zum Finanzmarktrecht/Geldwäschereigesetz (GwG), Zürich/St. Gallen 2021, 55.

66 FATF (Fn. 47) 68.

67 Vgl. hierzu FINMA (Fn. 58) 26 f.

ren das Dilemma bei einer Vertragsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft. Je nach Ausgestaltung der Struktur, in welche eine Sitzgesellschaft eingebettet ist, können Risiken gegebenenfalls nicht vollständig erkannt und Zweifel nicht restlos beseitigt werden. Eine fundierte Transaktionsanalyse ist daher ein wichtiges Instrument, um die tatsächlich wirtschaftlich berechtigten Personen zu erkennen. Eine detaillierte Abklärung und Plausibilisierung der Parteien, die an den Transaktionen beteiligt sind, ist aus Sicht der Autoren eines der geeigneten Mittel der Bank, den erhöhten Sorgfaltspflichten nachzukommen. Die Transaktionsanalyse bei einer Sitzgesellschaft hat folglich risikobasiert zu erfolgen und sollte bei allen Sitzgesellschaften mit der nötigen Sorgfalt durchgeführt werden. Eine klare Ermittlung der wirtschaftlich Berechtigten an der Sitzgesellschaft kann entsprechend vermeiden, dass eine Bank aufgrund mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften<sup>68</sup> verurteilt wird. Eine Bank tut somit gut daran, ein Verständnis über ihre Geschäftsbeziehung mit Sitzgesellschaften zu entwickeln und Kriterien für Geschäftsbeziehungen zu entwickeln, welche risikobasiert eine erhöhte Sorgfalt erfordern.

Aus der Pflicht zum Verständnis der fraglichen Transaktion der Sitzgesellschaft ergibt sich auch die erforderliche Tiefe der notwendigen Abklärungen. Wird eine Abklärung notwendig, ist sie von der Bank mit angemessenem Aufwand so weit durchzuführen, bis die Bank die Transaktion (wieder) versteht. Zusätzlich ist die Bank in diesem Zusammenhang verpflichtet, eine Dokumentation i.S.v. Art. 7 GwG zu erstellen. Eine Dokumentation gilt als ausreichend, wenn sie einem fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die abgeklärte Transaktion bzw. die Geschäftsbeziehung erlaubt.<sup>69</sup>

Den Umfang einer für die erhöhte Sorgfaltspflicht notwendigen Prüfung muss die Bank in ihren internen Weisungen festlegen. Hier sind u.E. zunächst die Kriterien der erhöhten Risiken i.S.v. Art. 26 Abs. 2 lit. a und b GwV-FINMA zu definieren. Bei einem Scheitern der Identifizierung der Geschäftsbeziehung muss die Bank i.S.v. Art. 55 GwV-FINMA die Geschäftsbeziehung ablehnen. Eine äquivalente Rechtsvorschrift für den Abbruch einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung bei nicht nachvollziehbaren Transaktionen besteht nicht. Gerade bei Sitzgesellschaften mit hoher Komplexität muss sich die Bank das Recht vorbehalten, die Geschäftsbeziehung mangels nachvollziehbarer Transaktionen zu beenden.

68 Vgl. Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB.

69 OFK GwG-Wyss (Fn. 26) Art. 6 GwG N 23.

Hier könnte eine gesetzliche Konkretisierung Klarheit schaffen. In der Praxis bietet sich der Bank diesbezüglich ein Handlungsspielraum, welcher tendenziell zu erhöhten Risiken im Hinblick auf Geldwäscherei<sup>70</sup> und Terrorismusfinanzierung<sup>71</sup> führen kann.

Art. 20 GwV-FINMA beschreibt die organisatorischen Massnahmen, welche die Bank im Hinblick auf eine Überwachung von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen treffen muss. Die Bank stellt sicher, dass dem Compliance-Mitarbeiter bei der Analyse der Transaktionen mit erhöhten Risiken ein informatikgestütztes System zur Verfügung gestellt wird. In den letzten Jahren wurden am Bankenplatz Schweiz die Compliance-Abteilungen personell aufgestockt. Bestandteil der Grundelemente eines funktionierenden Compliance-Managements ist neben der technischen Umgebung auch eine stufengerechte Schulung der Compliance-Mitarbeiter, um die erhöhten Sorgfaltspflichten erfüllen zu können. Die erfolgreiche Umsetzung der erhöhten Sorgfalt erfordert demnach Fachexpertise.<sup>72</sup> Hier muss die Bank in der Lage sein, die Vorgaben von Art. 27 GwV-FINMA konsequent in der *Due Diligence* umzusetzen. Das gilt insbesondere für regulatorische Vorgaben. Eine quantitative Aufstockung der personellen Ressourcen bei den Banken sollte mit einer qualitativen Verbesserung bei der Risikoüberwachung einhergehen.

## D. Abklärungen gemäss Art. 9a GwV-FINMA

### 1. Allgemeines

Seit 1. Januar 2020 müssen Finanzintermediäre bei der Geschäftseröffnung mit einer Sitzgesellschaft Art. 9a GwV-FINMA berücksichtigen. Dieser verlangt, dass ein Finanzintermediär die Gründe für die Verwendung von Sitzgesellschaften abklärt.<sup>73</sup> Demnach muss die Bank für jede Sitzgesellschaft den Zweck ihrer Gründung feststellen. Ist es nicht möglich, den Grund für die Verwendung einer Sitzgesellschaft auszumachen, so kann dies ein erster Anhaltspunkt für Geldwäscherei darstellen,<sup>74</sup> der bei Vorliegen zusätzlicher Indizien einen entsprechenden Verdacht bei einer Bank auslösen kann und diese entsprechend zur Erstattung einer Meldung an die MROS verpflichtet. Von der Umsetzung des Art. 9a GwV-

70 Art. 305<sup>bis</sup> StGB.

71 Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB.

72 Daniel Lengauer/Lea Ruckstuhl, Compliance, Recht für die Praxis, Zürich 2017, 331.

73 Art. 9a GwV-FINMA.

74 FINMA (Fn. 50) 23.



FINMA sind alle bei der Bank in der Schweiz gebuchten Sitzgesellschaften betroffen. Wenn die Bank eine Geschäftsbeziehung mit einer im Ausland ansässigen Sitzgesellschaft unterhält, dann entfällt diese Anforderung, sofern das Konto nicht in der Schweiz, sondern bspw. über eine ausländische Niederlassung der Schweizer Bank geführt wird. Das führt auf Gruppenstufe der Bank je nach Jurisdiktion der buchführenden Konzerngesellschaft zu einer unterschiedlichen Feststellungspflicht. Diesbezüglich gilt es jedoch zu beachten, dass eine Schweizer Bank, welche über Zweigniederlassungen im Ausland verfügt bzw. eine Finanzgruppe mit ausländischen Gesellschaften leitet, die Rechtsrisiken im Zusammenhang mit Geldwäscherei global erfassen, begrenzen und überwachen muss.<sup>75</sup> Dies kann dazu führen, dass zwar Art. 9a GwV-FINMA nicht direkt zur Anwendung kommt, dass aber dennoch vertiefte Abklärungen nötig sind, sofern Geschäftsbeziehungen zu Sitzgesellschaften über ausländische Ableger der Bank eröffnet bzw. geführt werden.

Weder das GwG noch die GwV-FINMA spezifizieren mögliche Gründe, welche im Zusammenhang mit der Verwendung einer Sitzgesellschaft für ein höheres oder tieferes Risiko sprechen würden.

## 2. Rechtliche Einordnung

Der Art. 9a GwV-FINMA kann im Kontext der Qualifikation als Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. h GwV-FINMA und den daraus resultierenden Abklärungspflichten bei erhöhten Risiken i.S.v. Art. 15 GwV-FINMA eingeordnet werden. Die Einführung von Art. 9a GwV-FINMA wurde durch die FATF gefordert. Dem Erläuterungsbericht zur Totalrevision der GwV-FINMA ist zu entnehmen, dass die FATF bereits 2007 darauf hingewiesen hatte, dass Geschäftsbeziehungen mit Strukturen, die eine Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten erschweren, als erhöhte Risiken für die Bank eingestuft werden müssen.<sup>76</sup> Die FATF stellte fest, dass die Schweizer Banken eine Vertragsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft zwar häufig ablehnen, wenn die Bank den Grund für die gewählte Struktur nicht nachvollziehen kann. Gleichzeitig bemängelte die FATF, dass sich die Schweizer Banken über die Risiken im Zusammenhang mit Sitzgesellschaften nicht immer ausreichend bewusst seien. Mitunter fehlte der FATF eine Klassifizierung von Strukturen, welche für die Bank eine Ablehnung der Ge-

schäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft begründete. Die Einführung des Art. 9a GwV-FINMA kann als direkte Folge dieser von der FATF getroffenen Feststellungen angesehen werden.

## 3. Umsetzung der Bestimmung durch Banken

Die Abklärung des Zwecks einer Sitzgesellschaft war auch vor der Einführung von Art. 9a GwV-FINMA Teil einer korrekten *Due Diligence* (solche Abklärungen waren bereits unter früherem Recht durch die erhöhte Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 6 GwG und Art. 13 GwV-FINMA bei Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften Standard). Art. 9a GwV-FINMA diente demnach lediglich der Präzisierung bzw. Kodifizierung einer bereits früher bestehenden Pflicht und stellte keine wirkliche Neuerung dar.<sup>77</sup> Die Reaktionen aus dem Finanzsektor auf diese «neue» Bestimmung waren entsprechend unterschiedlich – teils wurde die Klarstellung in der Verordnung begrüsst, teils als überflüssig kritisiert.<sup>78</sup>

Wie eine Bank die Anforderung an die Abklärung der Gründe für die Verwendung einer Sitzgesellschaft i.S.v. Art. 9a GwV-FINMA umsetzen soll, nennt die Verordnungsgeberin nicht. Daraus folgt, dass sich für die Bank ein erheblicher Handlungsspielraum bei der Umsetzung des Art. 9a GwV-FINMA bietet. Die Autoren machen nachfolgend einige mögliche Lösungsvorschläge aus der Praxis.

Wenn der Zweck der Sitzgesellschaft i.S.d. Vorgaben der FINMA abgeklärt werden muss, dann muss die Bank eine Kategorisierung für die Zweckbestimmung aufstellen. Diese orientiert sich hauptsächlich an den (potenziellen) Vertragsparteien und der Bereitschaft der Bank, mit diesen Vertragsparteien in Form der Sitzgesellschaften Geschäftsbeziehungen zu eröffnen. Die Bank definiert zunächst ihren Risikoappetit, um daraus ableiten zu können, welche Sitzgesellschaften mit welchem Zweck für sie überhaupt für die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung in Frage kommen (und welche nicht). Anschliessend können die Zweckbestimmungen von der Bank spezifischer definiert und verschiedene Kategorisierungen aufgestellt werden.

<sup>75</sup> Art. 6 GwV-FINMA.

<sup>76</sup> FINMA (Fn. 58) 25.

<sup>77</sup> PricewaterhouseCoopers AG, Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in der Schweiz, 5. A., Zürich 2020, 273.

<sup>78</sup> FINMA (Fn. 50) 20.

Der Zweck der Sitzgesellschaft kann im Kontext von Art. 9a GwV-FINMA aber nicht als Gesellschaftszweck nach allgemeinem Verständnis definiert werden. Der Begriff «Gesellschaftszweck» ist angelehnt an den im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Zweck.<sup>79</sup> Dieser wird erfahrungsgemäss eher allgemein formuliert. Nach Art. 15 Abs. 2 HRegV müssen die in das schweizerische Handelsregister einzutragenden Tatsachen belegt werden. Das gilt auch für den Zweck, der bei der Gründung ins Handelsregister eingetragen wird. Dennoch kann aus der Tatsache, dass die Handelsregister auch allgemein formulierte Gesellschaftszwecke akzeptieren, abgeleitet werden, dass die FATF für die Zwecke der Risikobeurteilung einer Sitzgesellschaft das bloss Abstellen auf den Zweck gemäss Eintrag im schweizerischen Handelsregister als unzureichend beurteilt.

Das Halten und Verwalten von Vermögenswerten ist zweifelsfrei ein Grund, um eine Sitzgesellschaft zu gründen. Diese häufig im Handelsregister hinterlegte Beschreibung erfüllt aber nicht die Anforderungen der FATF und der FINMA an den Zweck, der durch die Bank festzuhalten ist. M.a.W. muss eine Bank den wahren Zweck der Gesellschaft abklären und kann nicht ausschliesslich auf den Eintrag im Handelsregister abstellen. Sitzgesellschaften können bei verschiedenen Aktivitäten im Bereich der Vermögensplanung eine wichtige Rolle spielen. Dazu zählen z.B. die Nachlass- oder Nachfolgeplanung, die Vermögensverwahrung, die Vermögensverwaltung bzw. -anlage, die Vermögenskonsolidierung oder der Vermögensschutz. Eine weitere Einteilung von Sitzgesellschaften zu einer oder mehrerer der vorgenannten spezifischen Aktivitäten ist eine mögliche Vorgehensweise der Bank, um den Zweck einer Sitzgesellschaft genauer zu kategorisieren.

Beim Vermögensschutz werden im Einklang mit bestimmten Regeln Vermögenswerte in Strukturen übertragen, um sie vor möglichen Anspruchsgruppen zu schützen.<sup>80</sup> Es ist u.E. für die Umsetzung des Art. 9a GwV-FINMA unzureichend, wenn die Vertragspartei den Zweck der Gründung der Sitzgesellschaft mit dem Zweck «Vermögensschutz» begründet. Die Bank muss nachvollziehen können, zu welchem Zweck bspw. der Settlor einen Trust gegründet hat. Eine Dokumentation i.S.v. «Vermögensschutz, um bei Eintritt des Todes des Settlor

bestimmte Anspruchsgruppen<sup>81</sup> mit den Vermögenswerten zu versorgen» kann hingegen u.E. als möglicher Zweck i.S.v. Art. 9a GwV-FINMA gelten. Vorausgesetzt ist gemäss hier vertretener Ansicht, dass für die Bank stets nachvollziehbar ist, dass der Settlor mit der gewählten Struktur nach seinem Ableben im Einklang mit seinen Wünschen die Hinterbliebenen versorgen kann. Dieser Zweck muss aus der Struktur der Sitzgesellschaft erkennbar sein. Die Sitzgesellschaft dient in diesem illustrativen Beispiel dem Settlor bei der Umsetzung dieses Zieles.

Diese oben umschriebene Konkretisierung befähigt die Bank, den Zweck der Sitzgesellschaft zu verstehen. Die Bank ist damit in der Lage, die von der FATF geforderte (und in Art. 9a GwV-FINMA kodifizierte) Pflicht zur Risikoeinschätzung der Sitzgesellschaft vorzunehmen.

#### 4. Kritik

Die fehlenden Vorgaben der FINMA zur Umsetzung des Art. 9a GwV-FINMA können durchaus kritisch hinterfragt werden. Immerhin ist eine Bank nicht verpflichtet, der FINMA die gewählte Klassifizierung offenzulegen. Dass die FINMA und auch die FATF einer Bank diesen Handlungsspielraum bieten, liegt u.E. wahrscheinlich daran, dass von der Bank erwartet wird, dass sie in Anwendung des risikobasierten Ansatzes eigene Lösungen für die zu tätigen Abklärungen und Qualifikationen entwickelt. Dies ist durchaus sinnvoll. Dieses Vorgehen kann zum besseren Verständnis des Zwecks der Gründung von Sitzgesellschaften sowie der eigenen Kunden und deren Risikoprofile seitens der jeweiligen Bank beitragen. Es ist u.E. jedoch fraglich, ob sich durch die Einführung des Art. 9a GwV-FINMA tatsächlich Verbesserungen ergeben haben bzw. ob die neue Norm den an sie gestellten Erwartungen gerecht wird. Da Art. 9a GwV-FINMA keine Verhaltensregel einführt, die nicht bereits vor Einführung dieser Bestimmung bei einer rechtskonformen *Due Diligence*-Prüfung Standard gewesen wäre, ist die vorangehende Frage wohl zu verneinen. Um eine bessere Geldwäschereibekämpfung im Bereich von Sitzgesellschaften zu ermöglichen, könnte durch die Verordnungsgeberin erwogen werden, klare Beispiele aufzuzeigen, welche ihres Erachtens für erhöhte Risiken im Zusammenhang mit Sitzgesellschaften sprechen.

79 Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) i.S.v. Art. 15 ff. HRegV.

80 Howard Rosen/Patricia A. Donlevy-Rosen, Asset Protection, A Guide for Professionals, North Charleston 2014, 2.

81 Kann je nach Struktur diskretionär oder nicht diskretionär ausgestaltet werden.

#### IV. Schlussbemerkungen

Die *Compliance*-Abteilungen von Banken werden auch in Zukunft bei der Identifizierung von Sitzgesellschaften bzw. der an Sitzgesellschaften wirtschaftlich Berechtigten vor Herausforderungen gestellt werden. Die bestehenden Vorschriften im Hinblick auf die erhöhte Sorgfaltspflicht sind aus Sicht der Autoren grundsätzlich als

ausreichend, aber verbesserungswürdig zu klassifizieren. Zusätzlich muss die Bank der *Compliance* ein Regelwerk zur Verfügung stellen, welches die bankinternen Prozesse bei der Identifizierung einer Sitzgesellschaft definiert. Hier ist die Bank in der Verantwortung, organisatorische Massnahmen zu ergreifen, damit ein effizientes Regelwerk in Kombination mit fachlicher Expertise der Mitarbeiter in der Bank umgesetzt werden kann.