

Bachelorarbeit

Die wirtschaftliche Berechtigung
bei einer operativ tätigen nicht
börsenkotierten Aktiengesellschaft
de lege lata sowie de lege ferenda

Andrea Jäger

Matrikelnummer: 18678292

ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

ZHAW School of Management and Law

Betreuungsperson: Stephanie Stohwasser

Datum der Abgabe: 25. Mai 2022

Management Summary

Im März 2021 hat das Parlament die Revision des Geldwäschereigesetzes verabschiedet. Der revidierte Erlass wird voraussichtlich am 1. Oktober 2022 in Kraft treten. Art. 4 Abs. 1 GwG wurde bei der Revision dahingehend angepasst, dass der Finanzintermediär «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die wirtschaftlich berechtigte Person feststellen und deren Identität überprüfen» muss, «um sich zu vergewissern, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist.» In der vorliegenden Arbeit wird aufgezeigt, inwiefern sich Änderungen für Banken im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften ergeben.

Nach geltendem Recht sind anhand einer dreistufigen Abklärungskaskade die Kontrollinhaber festzustellen. Bei der ersten Stufe ist insbesondere zwischen direkter und indirekter Beteiligung zu unterscheiden. Seit der Revision des Aktienrechts wird bei der indirekten Beteiligung über zwischengeschaltete Gesellschaften dem Zurechnungsansatz der Vorrang gewährt. Es besteht nach aktueller Rechtslage keine systematische Überprüfungspflicht hinsichtlich der Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung. Die Bank hat lediglich bei Ungereimtheiten eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen. Darüber hinaus muss nicht schon bei jeglichem Indiz für Zweifel die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten wiederholt werden, sondern Indizien können durch Abklärungen ausgeräumt werden. Die wirtschaftliche Berechtigung muss allerdings dauerhaft korrekt dokumentiert sein. Gleiches gilt bezüglich der Überprüfung im Sinne der revidierten Bestimmung. Die Bank muss sich bei allen Geschäftsbeziehungen vergewissern, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist und dauerhaft korrekt dokumentiert sein. Es darf dabei ein risikobasierter Ansatz angewendet werden, wobei es nicht ausreichend ist, einzig eine Ausweiskopie der wirtschaftlich berechtigten Person einzuholen. Im Rechtsvergleich hat sich gezeigt, dass Deutschland die Richtlinien der EU als Mindeststandard umsetzen muss und nach geltendem Recht bereits eine Überprüfungspflicht besteht. Die Verpflichteten haben zur Erfüllung dieser Pflicht Zugang zu einer ergänzenden Quelle. Es handelt sich dabei um das öffentliche Transparenzregister. Dennoch muss in vielen Fällen auf weitere Überprüfungsmassnahmen wie beispielsweise öffentliche Quellen oder Aussagen bzw. Dokumente des Kunden zurückgegriffen werden.

Es empfiehlt sich den Banken, Verifizierungsmassnahmen risikobasiert je Kundenkategorie festzulegen und dabei eine systematische Dokumentation sicherzustellen. Bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften können insbesondere Unterlagen

und Auskünfte der Vertragspartei, öffentliche Register oder Auskünfte vertrauenswürdiger Personen beigezogen werden. Bei einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung sind darüber hinaus die Transaktionen des Vertragspartners als auch das Kundenprofil zu konsultieren. Ausserdem sollten Schulungen der Mitarbeitenden durchgeführt und Anpassungen im Weisungswesen vorgenommen werden.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	XI
Materialienverzeichnis.....	XIX
1. Einleitung	1
1.1. Ausgangslage.....	1
1.2. Abgrenzung	2
1.3. Vorgehen	3
2. Die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person nach geltendem Recht	4
2.1. Der Zweck der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person.....	4
2.2. Der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person.....	4
2.3. Die nach den Umständen gebotene Sorgfalt	6
2.4. Zeitpunkt der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person	8
2.5. Art und Umfang der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person	9
2.6. Zwischenfazit	10
2.7. Die Feststellung des Kontrollinhabers bei operativ tätigen juristischen Personen	11
2.7.1. Kontrolle durch qualifizierte Beteiligung	14
2.7.1.1. Direkte Kontrolle.....	14
2.7.1.2. Indirekte Kontrolle	15
2.7.2. Kontrolle «auf andere Weise».....	17
2.7.3. Ersatzweise Feststellung der geschäftsführenden Person	18
2.7.4. Verhältnis der Kontrolle durch qualifizierte Beteiligung sowie «auf andere Weise»	19
2.8. Zwischenfazit	20
2.9. Kritische Würdigung	21
2.10. Die Wiederholungspflicht gemäss Art. 5 GwG.....	22

2.10.1. Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung	23
2.10.1.1. Indizien im Zusammenhang mit den involvierten Vermögenswerten...24	
2.10.1.2. Indizien im Zusammenhang mit den involvierten Personen	24
2.10.1.3. Indizien im Zusammenhang mit Erklärungen bzw. Handlungen der Vertragspartei	24
2.10.2. Wiederholung der Sorgfaltspflichten bei Zweifeln	25
2.11. Zwischenfazit	27
2.12. Mögliche Folgen der unsorgfältigen Feststellung	27
3. Die Revision des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019	29
3.1. Der vierte Länderbericht der FATF	29
3.1.1. Die FATF-Empfehlung 10	30
3.1.2. «Enhanced Follow-up»-Prozess	31
3.2. Die Teilrevision der GwV-FINMA vom 4. September 2017	32
3.3. Die Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person im Besonderen	33
3.4. Zwischenfazit	34
4. Die Feststellung und Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person nach zukünftigem Recht	36
4.1. Der Zeitpunkt der Überprüfungspflicht	36
4.2. Art und Umfang der Überprüfungspflicht	36
4.3. Abgrenzung zur Aktualisierungspflicht gemäss Art. 7 Abs. 1 ^{bis} revGwG	40
4.4. Zwischenfazit	40
5. Ein Blick über die Landesgrenzen hinaus: Die Überprüfungspflicht im Rechtsvergleich mit Deutschland	42
5.1. Die Geldwäscherichtlinien der EU	42
5.2. Rechtliche Grundlagen in Deutschland	43
5.2.1. Angemessene Massnahmen zur Überprüfung der erhobenen Angaben....	45
5.2.2. Das Transparenzregister im Besonderen	47
5.3. Rechtsvergleich mit Deutschland	48

6. Handlungsempfehlung für die Praxis.....	50
7. Schlussfolgerung.....	53

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AIA	internationaler automatischer Informationsaustausch in Steuersachen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
AML	anti-money laundering
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin	BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschege- setz, Stand Oktober 2021, < www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/dl_ae_auas_gw.html?nn=11551670 >, besucht am: 08.05.2022
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) vom 8. November 1934, SR 952.0
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
Bericht Finanz- marktpolitik	Der Bundesrat, Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Fi- nanzplatz Schweiz, Bericht vom Oktober 2016, < www.newsd. admin.ch/newsd/message/attachments/45749.pdf >, besucht am: 04.05.2022
Bericht KGGT 2017	KGGT, National Risk Assessment (NRA): Geldwäschereirisiken bei juristischen Personen, Bericht vom November 2017, < www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/ geldwaescherei/jb.html >, besucht am: 04.05.2022
Bericht KGGT 2021	KGGT, National Risk Assessment (NRA), Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz vom Oktober 2021, < www.sif.admin.ch/sif/de/home/ dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html >, besucht am: 04.05.2022
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht

BSK	Basler Kommentar (Basel)
BT-Drs.	Deutscher Bundestag Drucksachen-Nummer
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (München)
CFT	Combating the Financing of Terrorism
CHF	Schweizer Franken
DE-GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz) vom 23. Juni 2017, zuletzt geändert durch Art. 92 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. 2021 I 3436 ff.)
Diss.	Dissertation
E-	Entwurf
E.	Erwägung
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
E-GwV-FINMA	Entwurf vom 4. September 2017 zur Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA) vom 3. Juni 2015
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
f./ff.	und die folgende(n)
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FATF	Financial Action Task Force
fedpol	Bundesamt für Polizei
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA-RS 11/1	Rundschreiben 2011/1 der FINMA vom 20. Oktober 2010, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV)
GAFI	Groupe d'action financière
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich)

GwBekErgG	Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz) vom 13. August 2008 (BGBl. 2008 I 1690 ff.)
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz) vom 10. Oktober 1997, SR 955.0
GwV	Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung) vom 11. November 2015, SR 955.01
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA) vom 3. Juni 2015, SR 955.033.0
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jahresbericht MROS 2021	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), Jahresbericht 2021 vom Mai 2022, < www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/jb.html >, besucht am: 08.05.2022
KGGT	Interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung
krit.	kritisch
lit.	litera
Mio.	Millionen
MROS	Meldestelle für Geldwäscherei
N	Note
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Frankfurt am Main)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (Mannheim)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OFK	Orell Füssli-Kommentar (Zürich/Basel/Genf)

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30 März 1911, SR 220
Practical Standards	Forum Sorgfaltspflicht und Geldwäschereiprävention, Practical Standards 2020, Zürich/Genf 2020
revGwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz), Änderung vom 19. März 2021, BBl 2021 668 ff.
RL (EU) 2015/849	Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. EU vom 5. Juni 2015, Nr. L 141/73
RL (EU) 2018/843	Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. EU vom 19. Juni 2018, Nr. L 156/43
RL (EU) 2018/1673	Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. EU vom 12. November 2018, Nr. L 284/22
RS	Rundschreiben
S.	Seite
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SHK	Stämpflis Handkommentar (Bern)
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannte
SR	Systematische Rechtssammlung
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TPF	Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts
TREX	Der Treuhandexperte (Zürich)
US	United States
USA	United States of America
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung(en)
VS	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VS 20	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 13. Juni 2018
ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

- ABEGG PHILIPP et al., Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.
- ARPAGAU RETO, Teil 2: Einlagengeschäft und Entgegennahme weiterer fremder Gelder, in: Arpagaus Reto/Stalder Ralph/Werlen Thomas (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, S. 235 ff.
- ARTER OLIVER, Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»? , AJP 21 (2012) 506 ff.
- ARZT GUNTHER, Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), SJZ 86 (1990) 189 ff.
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierungen durch Selbstregulierung, Diss. Bern 2002.
- BEURET ARNAUD, II. Gesetzliche und regulatorische Rahmenbedingungen, I. Bekämpfung der Geldwäscherei (KYC), in: Arpagaus Reto/Stalder Ralph/Werlen Thomas (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, S. 91 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- BODE JOHANNES/GÄTSCH ANDREAS, Das Transparenzregister nach dem Regierungsentwurf des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes, NZG 24 (2021) 437 ff.
- BRIAN ILKA/FREY TOBIAS/KRAIS JÜRGEN, Umsetzung der Fünften Geldwäsche-Richtlinie in Deutschland, CCZ 12 (2019) 245 ff.
- BRIAN ILKA/FREY TOBIAS/PELZ CHRISTIAN, Aktuelles Geldwäscherecht – Sommernovellen in Deutschland vor Winterreformen der EU, CCZ 14 (2021) 209 ff.

- BRUNNHOFER MICHAELA/LEIMGRUBER DOMINIK, Kommentar zu Art. 5 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2017 (zit. SHK-BRUNNHOFER/LEIMGRUBER, Art. 5 GwG).
- CERESOLA SERGIO, Abschaffung der Inhaberaktien: Worauf ist zu achten?, Expert Focus 94 (2020) 89.
- DE CAPITANI WERNER, § 8 / 2. Kapitel: Pflicht der Finanzintermediäre – GwG 4, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, S. 763 ff. (zit. DE CAPITANI, Art. 4 GwG).
- DE CAPITANI WERNER, § 8 / 2. Kapitel: Pflicht der Finanzintermediäre – GwG 5, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, S. 810 ff. (zit. DE CAPITANI, Art. 5 GwG).
- DETTWILER EMANUEL/HESS MARKUS, Kommentar zu Art. 697j OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-DETTWILER/HESS, Art. 697j OR).
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.
- EGGER TANNER CHRISTINE, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Zürich 1999.
- EGLE CARLO, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Unter besonderer Berücksichtigung der neuen Anti-Geldwäschereibestimmungen des GwG und der Art. 697i ff. OR, Diss. Zürich 2018.
- FIGURA JULIA, Kommentar zu § 3 GwG, in: Herzog Felix/Achtelik Olaf (Hrsg.), Geldwäschegesetz (GwG), Kommentar, 4. Aufl., München 2020 (zit. FIGURA, § 3 DE-GwG).
- FIGURA JULIA, Kommentar zu § 10 GwG, in: Herzog Felix/Achtelik Olaf (Hrsg.), Geldwäschegesetz (GwG), Kommentar, 4. Aufl., München 2020 (zit. FIGURA, § 10 DE-GwG).

- FIGURA JULIA, Kommentar zu § 19 GwG, in: Herzog Felix/Achtelik Olaf (Hrsg.), Geldwäschegesetz (GwG), Kommentar, 4. Aufl., München 2020 (zit. FIGURA, § 19 DE-GwG).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015.
- FREY TOBIAS, Kommentar zu § 12 GwG, in: Frey Tobias/Pelz Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 9. Ed., München 2022 (zit. FREY, § 12 DE-GwG).
- FREY TOBIAS/PELZ CHRISTIAN, Einführung zum Geldwäschegesetz, in: Frey Tobias/Pelz Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 9. Ed., München 2022.
- GEIGER CLAUDIA, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), Studie zu einem zentralen Begriff des Finanzmarktrechts und der Geldwäschereibekämpfung, Diss. Bern 2006.
- GERICKE DIETER/KUHN DANIEL, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 24 (2015) 849 ff.
- GLANZMANN LUKAS, Der Konzern im neuen Rechnungslegungsrecht, SZW 88 (2016) 32 ff.
- GRETER ALEXANDER, Kommentar zu Art. 2a GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-GRETER, Art. 2a GwG).
- HAWKINS FIONA, Kommentar zu Art. 2a GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2017 (zit. SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG).
- HEIM KATHRIN/WETTSTEIN TAMARA, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.
- HERZOG FELIX/ACHTELIK OLAF, Einleitung, in: Herzog Felix/Achtelik Olaf (Hrsg.), Geldwäschegesetz (GwG), Kommentar, 4. Aufl., München 2020.
- HONEGGER PETER/FREY MARKUS A., Sorgfaltspflichten und Geldwäscherei, SJZ 90 (1994) 341 ff.

- JUNG PETER/BISCHOF ELIAS, *Europäisches Finanzmarktrecht, Die Regulierung von Märkten, Unternehmen und Dienstleistungen durch die Europäische Union*, Zürich/St. Gallen 2015.
- KAETZLER JOACHIM, *Anforderungen an die Organisation der Geldwäscheprävention bei Bankinstituten – ausgewählte Einzelfragen*, CCZ 1 (2008) 174 ff.
- KERN MARTIN, *Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäschereibekämpfung*, *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes* 25 (2022) 81 ff.
- KILGUS SABINE/LOSINGER PAOLO, *Das revidierte Geldwäschereigesetz ab 1. Januar 2016*, TREX 22 (2015) 278 ff.
- KILGUS SABINE/LOSINGER PAOLO, *Kommentar zu Vor Art. 1 GwG*, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), *Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz*, Basel 2021 (zit. BSK-KILGUS/LOSINGER, Vor Art. 1 GwG).
- KILGUS SABINE/LOSINGER PAOLO, *Kommentar zu Art. 1 GwG*, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), *Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz*, Basel 2021 (zit. BSK-KILGUS/LOSINGER, Art. 1 GwG).
- KRAIS JÜRGEN, *Zu den Neuregelungen der 4. EU-Geldwäscherichtlinie*, CCZ 8 (2015) 251 ff. (zit. KRAIS, 4. EU-Geldwäscherichtlinie).
- KRAIS JÜRGEN, *Zu den Änderungen der 5. EU-Geldwäscherichtlinie*, NZWiSt 7 (2018) 321 ff. (zit. KRAIS, 5. EU-Geldwäscherichtlinie).
- KRAIS JÜRGEN, *Kommentar zu § 10 GwG*, in: Frey Tobias/Pelz Christian (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*, 9. Ed., München 2022 (zit. KRAIS, § 10 DE-GwG).
- KUNZ MICHAEL, *Aktuelle Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäsche, Teil I: Änderungen 2019*, in: *Jusletter* 13. Januar 2020.
- LANG HANS MARTIN/NOLL JAN, *Geldwäsche, Vierte europäische Geldwäscherichtlinie und neue Geldtransferverordnung verabschiedet*, in: *BaFin Journal* Juni 2015, S. 35 ff.
- LIEBI MARTIN/CONOD LIONEL, *Kommentar zu Art. 4 GwG*, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), *Geldwäschereigesetz (GwG)*, *Stämpfli Handkommentar SHK*, Bern 2017 (zit. SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG).

- LUTZ PETER/KERN MARTIN, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, SJZ 111 (2015) 301 ff.
- MEYER PATRICK K./RYHNER SAMUEL, Ist die geldwäschereirechtliche Differenzierung zwischen wirtschaftlich Berechtigtem und Kontrollinhaber noch zeitgemäss?, GesKR 16 (2021) 108 ff.
- MEYER PATRICK K./RYHNER SAMUEL, Kommentar zu Art. 4 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG).
- MEYER PATRICK K./RYHNER SAMUEL, Kommentar zu Art. 5 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG).
- MÜLLER THOMAS, Kommentar zu Art. 7 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2017 (zit. SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG).
- MÜLLER THOMAS S./STAUB CHRISTIAN, Internationalisierungstendenzen im Finanzmarktrecht, SZW 83 (2011) 22 ff.
- NAGEL THOMAS, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG), Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2020.
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019.
- OESCH STEPHANIE, Die organisierte Kriminalität – eine Bedrohung für den Finanzplatz Schweiz?, Diss. Zürich 2010.
- PIETH MARK, Kommentar zu Art. 305^{ter} StGB, in: Niggli Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137 – 392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-PIETH, Art. 305^{ter} StGB).
- PODA ENDRIT, Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2019.

- SCHRÖDER MARC, Die Umsetzung der revidierten FATF-Standards in der Schweiz und der EU, Veröffentlichungen aus dem LL.M.-Studiengang Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und des Europa Instituts an der Universität Zürich, Bd. 87, Zürich/Basel/Genf 2016.
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20) (zit. Kommentar VSB 20).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995 – 1997 (zit. VSB Praxis 1995 – 1997).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998 – 2001 (zit. VSB Praxis 1998 – 2001).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 – 2005 (zit. VSB Praxis 2001 – 2005).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 – 2010 (zit. VSB Praxis 2005 – 2010).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016 (zit. VSB Praxis 2011 – 2016).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Juli bis 31. Dezember 2017) (zit. VSB Praxis Juli – Dezember 2017).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Januar bis 30. Juni 2018) (zit. VSB Praxis Januar – Juni 2018).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Juli bis 31. Dezember 2018) (zit. VSB Praxis Juli – Dezember 2018).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Januar bis 30. Juni 2019) (zit. VSB Praxis Januar – Juni 2019).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Juli bis 31. Dezember 2020) (zit. VSB Praxis Juli – Dezember 2020).

- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Januar bis 30. Juni 2021) (zit. VSB Praxis Januar – Juni 2021).
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken (1. Juli bis 31. Dezember 2021) (zit. VSB Praxis Juli – Dezember 2021).
- STEGMANN ACHIM/MEUER BJÖRN, § 12. Geldwäsche- und Terrorismusprävention, in: Bürkle Jürgen (Hrsg.), Compliance in Versicherungsunternehmen, Rechtliche Anforderungen und praktische Umsetzung, 3. Aufl., München 2020, S. 439 ff.
- STRASSER OTHMAR, Die Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person – eine neue Sorgfaltspflicht bei der Geldwäschereibekämpfung?, SJZ 116 (2020) 525 ff.
- VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Wer ist die wirtschaftlich berechnigte Person gemäss Art. 697j OR?, SJZ 112 (2016) 481 ff. (zit. VISCHER/GALLI, 2016).
- VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Wer ist die wirtschaftlich berechnigte Person gemäss Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR?, AJP 29 (2020) 1022 ff. (zit. VISCHER/GALLI, 2020).
- WOLFSTETTER MARTIN/HAMM-DÜPPE YVONNE, § 71. Geldwäsche, in: Hamm Christoph (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Aufl., München 2022, S. 1929 ff.
- WYSS RALPH, Kommentar zu Art. 1 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar/AMLA Commentary, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. OFK-WYSS, Art. 1 GwG).
- WYSS RALPH, Kommentar zu Art. 2a GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar/AMLA Commentary, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. OFK-WYSS, Art. 2a GwG).

WYSS RALPH, Kommentar zu Art. 4 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar/AMLA Commentary, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. OFK-WYSS, Art. 4 GwG).

WYSS RALPH, Kommentar zu Art. 5 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar/AMLA Commentary, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. OFK-WYSS, Art. 5 GwG).

Materialienverzeichnis

- Anhörungsbericht GwV-FINMA 2018 Bericht über die Anhörung vom 4. September bis 16. Oktober 2017 zum Entwurf der Teilrevision der GwV-FINMA vom 20. Juni 2018
- BB1 1989 II 1061 ff. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989
- BB1 1996 III 1101 ff. Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996
- BB1 2014 605 ff. Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013
- BB1 2019 279 ff. Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderprüfung der Schweiz vom 21. November 2018
- BB1 2019 5451 ff. Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019
- BB1 2019 5555 ff. Entwurf Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG)
- BB1 2021 668 ff. Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG), Änderung vom 19. März 2021

- BGBI 2017 I
1822 ff. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 39 zum Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017
- BGBI 2019 I
2602 ff. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 50 zum Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12. Dezember 2019
- BGBI 2021 I
2083 ff. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 37 zum Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten (Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz) vom 25. Juni 2021
- BT-Drs. 16/9038 Deutscher Bundestag, Drucksache 16/9038 zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – GwBekErgG) vom 5. Mai 2008
- BT-Drs. 17/6804 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/6804 zum Entwurf eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17. August 2011
- BT-Drs. 18/11555 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/11555 zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17. März 2017

BT-Drs. 19/13827	Deutscher Bundestag, Drucksache 19/13827 zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 9. Oktober 2019
Enhanced Follow-up Report Switzerland 2020	FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Switzerland, 3 rd Enhanced Follow-up Report & Technical Compliance Re-Rating, January 2020
Erläuternder Bericht GwG 2018	Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 1. Juni 2018
Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2015	Erläuterungsbericht zur Totalrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) vom 11. Februar 2015
Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017	Erläuterungsbericht zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) vom 4. September 2017
Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2022	Erläuterungsbericht zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA) vom 8. März 2022
FATF Guidance on Transparency and Beneficial Ownership	FATF, FATF Guidance, Transparency and Beneficial Ownership, October 2014
FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016	FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Switzerland, Mutual Evaluation Report, December 2016
FATF Procedures Fourth Round	FATF, Procedures for the FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations, updated January 2021
FATF Recommendations 2012	FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations 2012, updated March 2022

FATF Universal Procedures	FATF, Consolidated Processes and Procedures for Mutual Evaluations and Follow-Up, “Universal Procedures”, January 2021
------------------------------	--

1. Einleitung

Ein Blick auf die internationalen Geldwäscherei- und Korruptionsfälle der letzten Jahre zeigt, dass das Thema Geldwäscherei auf dem Schweizer Finanzplatz präsent ist. Zu denken ist beispielsweise an den FIFA- oder Petrobras-Skandal, bei welchen auch Schweizer Banken involviert waren.¹ Geldwäscher und Geldwäscherinnen zeigen sich stets kreativ bei der Umgehung der bestehenden rechtlichen Strukturen und schaffen es immer wieder aufs Neue, mit originellen Methoden den kriminellen Ursprung von Vermögenswerten zu verschleiern.² Auch die neusten Zahlen im Jahresbericht der MROS lassen aufhorchen. Es wurde eine Steigerung der Verdachtsmeldungen 2021 gegenüber dem Vorjahr von 12 Prozent verzeichnet.³ Die Schweiz ist insbesondere aufgrund der starken internationalen Verflechtung ihres Finanzplatzes einem erheblichen Geldwäschereirisiko ausgesetzt.⁴ Aufgrund dessen ist ein länderübergreifendes Regime zur Bekämpfung der Geldwäscherei gefragt. Dieses findet sich unter anderem in den Empfehlungen der FATF wieder, die den internationalen Standard in der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung setzt.⁵ Darüber hinaus hat auch die Schweiz ein Netz an Gesetzen und Verordnungen geschaffen, um Geldwäscherei wirksam zu bekämpfen.⁶

1.1. Ausgangslage

Im Hinblick auf die sich ständig weiterentwickelnde Kriminalität und um dem internationalen Standard Rechnung tragen zu können, wird das Schweizer Abwehrdispositiv laufend angepasst.⁷ So auch im Rahmen der aktuellen Revision des Geldwäschereigesetzes. Dieses tritt voraussichtlich am 1. Oktober 2022 in Kraft.⁸ Durch die Einführung der gesetzlich verankerten Pflicht zur Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person wird der Kritik der FATF und deren Empfehlungen entgegnet. Es besteht zukünftig in Ergänzung zur Feststellungspflicht der wirtschaftlich berechtigten Person eine Überprüfungspflicht der in diesem Zusammenhang erhaltenen Angaben.⁹ Die vorliegende Bachelorarbeit beleuchtet die wirtschaftliche Berechtigung bei operativ tätigen

¹ SRF, Fifa-Skandal: Schweizer Banken mittendrin, 7. Dezember 2015, <www.srf.ch/news/wirtschaft/fifa-skandal-schweizer-banken-mittendrin>, besucht am: 03.05.2022; NZZ, Strafverfahren gegen Schweizer Bank in Petrobras-Skandal, 20. April 2018, <www.nzz.ch/schweiz/strafverfahren-gegen-schweizer-bank-in-petrobras-skandal-ld.1379251>, besucht am: 03.05.2022.

² Jahresbericht MROS 2021, S. 29 ff.

³ Jahresbericht MROS 2021, S. 17.

⁴ Bericht KGGT 2021, S. 54.

⁵ FATF, What do we do, <www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/>, besucht am: 26.04.2022.

⁶ BSK-KILGUS/LOSINGER, Vor Art. 1 GwG N 41 ff.

⁷ BBI 2019 5452.

⁸ SIF, Geldwäschereigesetz (GwG), <www.sif.admin.ch/sif/de/home/finanzmarktpolitik/finanzmarktregulierung-und-aufsicht-/regulierungsprojekte/aenderung-geldwaeschereigesetzes-gwg.html>, besucht am: 26.04.2022.

⁹ BBI 2019 5452.

nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften nach aktuellem und zukünftigem Recht. Sie hat zum Ziel, die geltende Rechtslage zusammenzufassen und aufzuzeigen, inwiefern die Revision Änderungen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung mit sich bringt. Schliesslich sollen Denkanstösse für die Praxis im Hinblick auf die konkrete Umsetzung der revidierten Bestimmung gegeben werden.

1.2. Abgrenzung

Operativ tätige Aktiengesellschaften sind oftmals in internationale Wirtschafts- und Finanzkreisläufe involviert und stellen deshalb ein hohes Risiko für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung dar.¹⁰ Eine Abgrenzung zu den operativ tätigen Gesellschaften ist insbesondere von Sitzgesellschaften vorzunehmen.¹¹ Von dieser Einordnung hängt ab, welche Sorgfaltspflichten konkret erfüllt werden müssen.¹² Gemäss Art. 2 lit. a GwV-FINMA handelt es sich bei Sitzgesellschaften um Gesellschaften, «die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben».¹³ Art. 39 Abs. 3 VSB 20 nennt als Indizien einer Sitzgesellschaft das Fehlen eigener Geschäftsräume bzw. eigenen Personals. Mittels Einzelfallprüfung soll anhand der konkreten Indizien festgestellt werden, ob eine eigentliche unternehmerische Tätigkeit vorliegt.¹⁴ Die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person bei operativ tätigen Aktiengesellschaften stellt die Praxis immer wieder vor Herausforderungen.¹⁵ Die vorliegende Bachelorarbeit konzentriert sich deshalb auf die vorgenannte Gesellschaftsform, obwohl das Geldwäschereirisiko bei Sitzgesellschaften tendenziell höher ist.¹⁶ Ausserdem werden börsenkotierte Gesellschaften ausser Acht gelassen. Diese sind nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 GwG von der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person ausgenommen. Es spielt dabei keine Rolle, ob sie Vertragspartei oder wirtschaftlich berechtigte Person einer anderen Gesellschaft sind.¹⁷

Darüber hinaus zeigt sich im aktuellen Jahresbericht der MROS die Wichtigkeit der Banken bei der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Es stammen rund 90 Prozent der an die MROS erstatteten Meldungen von ihnen.¹⁸ In Anbetracht

¹⁰ Bericht KGGT 2021, S. 10.

¹¹ FINMA-RS 11/1, N 103.

¹² SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 74.

¹³ Vgl. Kommentar VSB 20, S. 29.

¹⁴ FINMA-RS 11/1, N 103.

¹⁵ OFK-WYSS, Art. 2a GwG N 22.

¹⁶ Bericht KGGT 2017, S. 100.

¹⁷ Art. 22 VSB 20; Kommentar VSB 20, S. 36; LUTZ/KERN, S. 303 f.

¹⁸ Jahresbericht MROS 2021, S. 18.

dieser Tatsache liegt der Fokus der vorliegenden Bachelorarbeit auf dem Blickwinkel einer Bank.

1.3. Vorgehen

In einem ersten Schritt wird die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person nach geltendem Recht aufgezeigt. Dabei wird zu Beginn auf den Zweck der Feststellungspflicht eingegangen. Im Anschluss wird der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten analysiert. Darüber hinaus wird der Zeitpunkt sowie die Art und der Umfang der Feststellungspflicht dargelegt und «die nach den Umständen gebotene Sorgfalt» bei der Anwendung der Feststellungspflicht untersucht. Ferner befasst sich das erste Kapitel mit den verschiedenen Arten von Kontrollinhaberschaft und ihrer Bedeutung im Zusammenhang mit operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften. Im 3. Kapitel wird der Inhalt der Revisionsvorlage diskutiert und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Vorgaben der FATF gelegt. Nachfolgend wird im 4. Kapitel die Feststellung und Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person nach zukünftigem Recht abgehandelt. Es wird gezeigt, in welchem Zeitpunkt, in welcher Art und in welchem Umfang eine Überprüfung vorgenommen werden muss. Ferner erfolgt eine Abgrenzung zur mit der Revision neu eingeführten Aktualisierungspflicht. Es soll zusammenfassend aufgezeigt werden, welche Änderungen sich zur geltenden Rechtslage ergeben. Im 5. Kapitel wird dargelegt, wie in Deutschland die Überprüfungspflicht in der Praxis bereits zur Anwendung gelangt. Als Ausgangslage der Analyse werden die EU-Geldwäscherichtlinien beigezogen und es wird ein besonderes Augenmerk auf das Transparenzregister geworfen. Anhand eines Rechtsvergleichs werden sodann die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der beiden Jurisdiktionen hervorgehoben. Anhand der im Rechtsvergleich erlangten Kenntnisse wird im letzten Kapitel eine Handlungsempfehlung für die Praxis formuliert, die Ideen zur konkreten Umsetzung der Überprüfungspflicht bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften liefern soll. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf eine gendergerechte Sprache verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei mitumfasst.

2. Die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person nach geltendem Recht

Das GwG dient einerseits der Bekämpfung der Geldwäscherei sowie der Terrorismusfinanzierung und andererseits der Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften.¹⁹ Von besonderer Bedeutung ist dabei die Transparenz hinsichtlich der Vertragsbeziehung. Diese war bereits zu Beginn Hauptziel des GwG und hat mit jeder Gesetzesrevision an Bedeutung gewonnen.²⁰ Zu den Sorgfaltspflichten im GwG zählt deshalb unter anderem die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person, welche in den Artikeln 4 und 5 Einzug gefunden hat.²¹

2.1. Der Zweck der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person

Die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person rührt aus dem «Know-your-customer»-Prinzip her.²² Es geht um die Feststellung der tatsächlichen Kontrollsituation an den Vermögenswerten. Dabei ist von Interesse, welche natürliche Person tatsächlich die Verfügungsmacht über die Vermögenswerte ausübt bzw. der die Vermögenswerte wirtschaftlich zuzuordnen sind.²³ Mit der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung werden zweierlei Zwecke verfolgt.²⁴ Einerseits soll Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verhindert und dadurch die Integrität und das Ansehen des Finanzplatzes Schweiz geschützt werden.²⁵ Andererseits dient sie den Interessen der Finanzintermediäre. Sie nehmen dadurch zur Kenntnis, wer hinter der Vertragspartei steht.²⁶ Natürliche sowie juristische Personen sollen sich auf diese Weise nicht hinter rechtlichen Strukturen verstecken und inkriminierte Vermögenswerte mittels Verschleierungsprozess in den legalen Wirtschaftskreislauf einführen können.²⁷

2.2. Der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person

In der Schweizer Gesetzgebung findet sich keine allgemeingültige Begriffsdefinition der wirtschaftlich berechtigten Person.²⁸ Die Sorgfaltspflichten des GwG konkretisieren den nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB geforderten Sorgfaltsmassstab. Deshalb hat sich der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person im Sinne des GwG an der inhaltlichen Bedeutung

¹⁹ Art. 1 GwG; OFK-WYSS, Art. 1 GwG N 2.

²⁰ BSK-KILGUS/LOSINGER, Art. 1 GwG N 28.

²¹ MEYER/RYHNER, S. 108; OFK-WYSS, Art. 1 GwG N 8.

²² BEURET, N 464; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 13.

²³ SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 13.

²⁴ VSB Praxis 2005 – 2010, S. 29; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 14.

²⁵ BBI 2014 701; OFK-WYSS, Art. 1 GwG N 2.

²⁶ VSB Praxis 2005 – 2010, S. 29; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 14.

²⁷ BEURET, N 483; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 2.

²⁸ BEURET, N 479; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 10; OFK-WYSS, Art. 4 GwG N 2.

gemäss StGB zu orientieren.²⁹ In der Botschaft zum StGB findet sich eine Gleichsetzung mit dem Begriff des «wahren Geschäftspartners». Es soll damit der «Durchgriff durch bloss scheinbare, formale Verfügungsverhältnisse auf die praktisch-wirtschaftliche Zugehörigkeit» erlaubt werden. Dabei wird zur Begriffsauslegung auf die VSB sowie deren Praxis verwiesen.³⁰ Auch in der VSB findet sich allerdings keine allgemeingültige Definition der wirtschaftlich berechtigten Person.³¹ Die Aufsichtskommission zur VSB folgt in ihrer Praxis weitgehend der Auffassung des Bundesgerichts.³² Dieses definiert die wirtschaftlich berechnete Person als denjenigen, «der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören». Es ist «für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen», wobei formaljuristische Konstruktionen bedeutungslos sind.³³ Die Aufsichtskommission zur VSB sieht einen weitgehend analogen Ansatz vor.³⁴ Es ist grundsätzlich massgebend, «wer über die in Frage stehenden Vermögenswerte faktisch (und nicht formell) bestimmen kann». Demzufolge gilt als wirtschaftlich berechnete, wer eigenständig und in verbindlicher Weise über die Verwendung der Vermögenswerte entscheiden kann.³⁵ Ergänzend kann zur Begriffsauslegung die Definition der FATF beigezogen werden.³⁶ Es gilt als wirtschaftlich berechnete Person diejenige natürliche Person, die letztendlich einen Kunden und/oder die Person kontrolliert oder besitzt, für welche(n) eine Transaktion ausgeführt wird. Der Begriff umfasst dabei auch diejenigen Personen, die die letztendliche tatsächliche Kontrolle über eine juristische Person oder eine Gruppierung ausüben.³⁷

Bis zum 1. Januar 2016 waren in der Schweiz operativ tätige juristische Personen selbst an ihren Vermögenswerten wirtschaftlich berechnete.³⁸ Im Sinne der FATF-Empfehlung 10 ist hingegen auch das Verstehen der Kontroll- und Eigentumsverhältnisse bei operativ tätigen juristischen Personen gefordert.³⁹ Deshalb wurde mit Art. 2a Abs. 3 GwG eine zweite Art von wirtschaftlicher Berechnete eingeführt, welche im Kern der vorgenannten FATF-Empfehlung entspricht.⁴⁰ Demnach gelten «die

²⁹ BGE 136 IV 127, E. 3.1.3; ABEGG et al., S. 456; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 12; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 516; OFK-WYSS, Art. 1 GwG N 10.

³⁰ BBl 1989 II 1089.

³¹ HEIM/WETTSTEIN, Art. 27 Abs. 1 VSB 20 N 10.

³² BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 17.

³³ BGE 125 IV 139, E. 3c; vgl. TPF 2007, 27, E. 2.2.

³⁴ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 17.

³⁵ VSB Praxis 2005 – 2010, S. 29; vgl. bezüglich der Unterscheidung zwischen faktischer und formeller Verfügungsmacht VSB Praxis 2011 – 2016, S. 23.

³⁶ OFK-WYSS, Art. 4 GwG N 2.

³⁷ FATF Recommendations 2012, S. 120.

³⁸ BSK-KILGUS/LOSINGER, Art. 1 GwG N 29; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 30.

³⁹ FATF Recommendations 2012, S. 14.

⁴⁰ BSK-KILGUS/LOSINGER, Art. 1 GwG N 29; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 27; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 3; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 70 f.

natürlichen Personen, welche die juristische Person letztendlich dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren» als wirtschaftlich Berechtigte. Die vorgenannte Bestimmung als auch Art. 4 Abs. 2 GwG sehen im Weiteren vor, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten grundsätzlich um eine natürliche Person handeln muss.⁴¹ Art 2 lit. f GwV-FINMA und Art. 20 VSB 20 folgen im Wesentlichen der Definition des GwG. Sie verwenden jedoch den Begriff des Kontrollinhabers, sodass eine unterschiedliche Terminologie geschaffen wird.⁴²

Eine Abgrenzung der wirtschaftlich berechtigten Person ist namentlich zum Begünstigten vorzunehmen. Der Begünstigte hat entgegen der wirtschaftlich berechtigten Person keine letztverbindliche Entscheidungsbefugnis über die Vermögenswerte. Er zieht aus diesen jedoch ebenfalls einen wirtschaftlichen Vorteil.⁴³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Begriff auf zwei Arten der wirtschaftlichen Berechtigung abzielt. Einerseits wird der wirtschaftlich Berechtigte an den Vermögenswerten angesprochen. Andererseits ist die wirtschaftlich berechtigte Person an der operativ tätigen juristischen Person gemeint. Letztere wird auch als Kontrollinhaber bezeichnet.⁴⁴ Der Kontrollinhaber kontrolliert dabei die Gesellschaft formell. Die wirtschaftlich berechtigte Person an den Vermögenswerten ist hingegen die letztendlich wirtschaftlich berechtigte und das Vermögen kontrollierende Person.⁴⁵ Bei der Ergründung der wirtschaftlich berechtigten Person an den Vermögenswerten ist die formaljuristische Struktur nicht von Bedeutung. Es ist vielmehr darauf abzustellen, dass der wirtschaftlich berechtigten Person ein tatsächliches Recht an den Vermögenswerten zusteht und diese die letztendliche Verfügungsmacht über deren endgültige Verwendung innehat.⁴⁶

2.3. Die nach den Umständen gebotene Sorgfalt

Art. 4 Abs. 1 GwG hält fest, dass die wirtschaftlich berechtigte Person «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» festgestellt werden muss. Die Sorgfaltspflichtenanforderungen im vorgenannten Artikel sind gleich wie diejenigen in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, da

⁴¹ OFK-WYSS, Art. 4 GwG N 2; vgl. Art. 20 Abs. 2 und Art. 27 Abs. 2 VSB 20.

⁴² BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 26; Kommentar VSB 20, S. 28; OFK-WYSS, Art. 2a GwG N 19; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 73; krit. KILGUS/LOSINGER, S. 281 f.; vgl. dazu hinten Ziff. 2.9.

⁴³ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 19; HEIM/WETTSTEIN, Art. 27 Abs. 1 VSB 20 N 19; a.M. ARTER, S. 513.

⁴⁴ STRASSER, S. 526 f.

⁴⁵ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 5.

⁴⁶ GEIGER, S. 117.

die Bestimmung im GwG wie bereits ausgeführt als Konkretisierung der Strafnorm zu verstehen ist.⁴⁷ Beachtet ein Finanzintermediär also die Sorgfaltspflichten des GwG, so sollte er grundsätzlich davon ausgehen können, dass er auch sorgfältig i.S.v. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB handelt.⁴⁸ Ist die Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 4 GwG hingegen verletzt, so besteht auch eine strafrechtliche Pflichtwidrigkeit.⁴⁹ Darüber hinaus verwendete das Bundesgericht in einem seiner Entscheide die VSB als Auslegungshilfe, um die mangelnde Sorgfalt nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zu beurteilen.⁵⁰ Ob der VSB weiterhin lediglich Auslegungscharakter zukommt ist indessen fraglich. Die FINMA hat die Bestimmungen der VSB zur Identifizierung des Vertragspartners sowie zur Feststellung der Kontrollinhaber und der wirtschaftlich Berechtigten mit dem Verweis in Art. 35 GwV-FINMA als verbindlich erklärt. Das Bundesgericht hat sich seither allerdings nicht abschliessend zur Qualifikation der VSB geäussert.⁵¹

Die «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und bedarf einer jeweiligen Einzelfallprüfung.⁵² Mit der gewählten Terminologie soll das Verhältnismässigkeitsprinzip sichergestellt werden.⁵³ Das im konkreten Fall anzuwendende Mass der Sorgfalt ist risikobasiert festzulegen.⁵⁴ Es hängt von verschiedensten Faktoren wie beispielsweise der Komplexität des Geschäfts oder der Höhe der involvierten Vermögenswerte ab.⁵⁵ Der Tatbestand von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ist indessen nicht erfüllt, wenn der Finanzintermediär zwar keine ausreichenden Abklärungspflichten vornimmt, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten jedoch dennoch richtig feststellt.⁵⁶ Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Mass der «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» auch auf die erneute Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 5 GwG Anwendung findet.⁵⁷

⁴⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.

⁴⁸ EGGER TANNER, S. 279; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 47.

⁴⁹ TPF 2007, 27, E. 2.6.

⁵⁰ BGE 125 IV 139, E. 3d.

⁵¹ VSB Praxis 2011 – 2016, S. 7; Urteil BGer 6B_501/2009 vom 17. November 2011, E. 2.1.3.

⁵² BGE 125 IV 139, E. 3c; BBl 1989 II 1089; HEIM/WETTSTEIN, Art. 27 Abs. 1 VSB 20 N 38; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 48.

⁵³ BBl 1989 II 1089; BSK-PIETH, Art. 305^{ter} StGB N 22.

⁵⁴ OFK-WYSS, Art. 4 GwG N 4; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 48.

⁵⁵ VSB Praxis 2011 – 2016, S. 23; HEIM/WETTSTEIN, Art. 27 Abs. 1 VSB 20 N 27.

⁵⁶ BGE 129 IV 329, E. 2.5.4.

⁵⁷ BGE 134 IV 307, E. 2.4.

2.4. Zeitpunkt der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person

Eine ausdrückliche Regelung zum Zeitpunkt der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person sieht Art. 4 GwG nicht vor.⁵⁸ Die VSB 20 äussert sich diesbezüglich in Art. 45. Demnach müssen insbesondere die zur Feststellung des Kontrollinhabers und die zu der an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person erforderlichen Dokumente und Angaben vollständig und in gehöriger Form vorliegen, bevor ein Konto benutzt werden darf. Sobald es technisch möglich ist das Konto zu bebuchen, gilt es als eröffnet.⁵⁹ Dabei ist nicht ausreichend, dass tatsächlich nicht über das Konto verfügt wird, sondern die Bank muss die Blockierung des Kontos belegen können.⁶⁰

Das Konto darf in gewissen Ausnahmefällen und unter bestimmten Voraussetzungen bereits früher benutzt werden.⁶¹ Es müssen einerseits ausreichende Angaben zur Identität der Vertragspartei sowie zum Kontrollinhaber bzw. zum wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten vorliegen. Andererseits muss die Ausnahme aufgrund einer risikobasierten Beurteilung als sachgerecht erscheinen. Sie muss darüber hinaus notwendig sein, um den ordentlichen Geschäftsablauf nicht zu unterbrechen.⁶² Der Sachverhalt ist entsprechend zu dokumentieren.⁶³ Zum Kontrollinhaber bzw. zum wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten müssen zumindest Vor- und Nachname vorliegen.⁶⁴ Die noch nicht vorhandenen Dokumente und/oder Angaben müssen gemäss Art. 45 Abs. 4 VSB 20 hernach so rasch wie möglich, spätestens jedoch innert 30 Tagen nach Kontoeröffnung beschafft werden. Ist dies nicht möglich, muss das Konto für Zu- und Abgänge gesperrt werden. Anschliessend ist wiederum mittels eines risikobasierten Ansatzes zu entscheiden, ob unter Ansetzung einer Nachfrist versucht wird, die fehlenden Dokumente bzw. Angaben noch einzuholen oder ob eine Auflösung angestrebt werden soll.⁶⁵ Ein Abbruch der Aufnahme der Geschäftsbeziehung kommt unter anderem dann zum Tragen, wenn die zur Feststellung des Kontrollinhabers bzw. zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten erforderlichen Unterlagen nicht beschafft werden können. Dies unter dem Vorbehalt, dass die Voraussetzungen der Meldepflicht gemäss Art. 9 ff. GwG nicht erfüllt sind.⁶⁶

⁵⁸ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 82; DE CAPITANI, Art. 4 GwG N 2.

⁵⁹ Art. 45 Abs. 2 VSB 20.

⁶⁰ Kommentar VSB 20, S. 64.

⁶¹ Art. 45 Abs. 3 VSB 20.

⁶² Art. 46 Abs. 3 VSB 20; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 83.

⁶³ Kommentar VSB 20, S. 64.

⁶⁴ HEIM/WETTSTEIN, Art. 45 Abs. 3 VSB 20 N 3.

⁶⁵ Kommentar VSB 20, S. 65.

⁶⁶ Art. 45 Abs. 4 VSB 20; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 82.

Die vorgenannte Ausnahmeregelung im Zusammenhang mit einer vorzeitigen Benutzung des Kontos ist mit Vorsicht zu geniessen. Sie wurde in der Vergangenheit bereits durch die FATF kritisiert. Aufgrund dessen wurde die Frist zwecks Einholung der fehlenden Unterlagen von 90 auf 30 Tage verkürzt.⁶⁷

2.5. Art und Umfang der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person

Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. b GwG hat der Finanzintermediär bei operativ tätigen juristischen Personen eine schriftliche Erklärung des Vertragspartners bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung einzuholen. Entsprechend dem Wortlaut ist eine Identifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person nicht notwendig, sondern eine «Feststellung» ausreichend. Die Einforderung einer Kopie eines Identifikationsdokuments kann jedoch im Rahmen der Plausibilisierung bzw. zum Zwecke weitergehender Abklärungen dennoch hilfreich sein.⁶⁸ Auf der schriftlichen Erklärung des Kontrollinhabers muss gemäss Art. 21 Abs. 1 VSB 20 dessen Name, Vorname und effektive Wohnsitzadresse festgehalten werden. Beim wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten nach Art. 28 Abs. 1 VSB 20 bedarf es hingegen zusätzlich zu obgenannten Angaben Auskünfte zum Geburtsdatum und der Staatsangehörigkeit. Bei einer Gesellschaft sind Firma, Domiziladresse und Domizilstaat festzuhalten.⁶⁹ Falls die Angaben zum Geburtsdatum oder der Wohnsitzadresse in dem Land des wirtschaftlich Berechtigten nicht vorhanden sind, so entfallen sie.⁷⁰ Die Ausnahmesituation ist in einer Aktennotiz zu dokumentieren.⁷¹

Im Anhang der VSB 20 finden sich Musterformulare zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten und des Kontrollinhabers. Der Finanzintermediär kann auch eigene Formulare verwenden. Diese müssen allerdings einen mindestens gleichwertigen Inhalt wie diejenigen der VSB aufweisen.⁷² Die in der VSB zu findenden Formulare sind Urkunden i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB.⁷³ Die Bank muss die Vertragspartei über deren strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 251 StGB, die Rechtsnatur des Formulars sowie den materiellen Inhalt der von ihr verlangten Erklärung aufklären. Dies geschieht im Rahmen der vertraglichen bzw. vorvertraglichen Pflichten der Bank.⁷⁴

⁶⁷ BEURET, N 447; Kommentar VSB 20, S. 64.

⁶⁸ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 86.

⁶⁹ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 87; HEIM/WETTSTEIN, Art. 21 Abs. 1 VSB 20 N 2.

⁷⁰ Art. 28 Abs. 2 VSB 20; Kommentar VSB 20, S. 35.

⁷¹ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 87; HEIM/WETTSTEIN, Art. 21 Abs. 2 VSB 20 N 1.

⁷² VSB Praxis Juli – Dezember 2020, S. 7; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 88; HEIM/WETTSTEIN, Art. 21 Abs. 4 VSB 20 N 7 f.; Kommentar VSB 20, S. 34.

⁷³ HEIM/WETTSTEIN, Art. 41 VSB 20 N 39.

⁷⁴ VSB Praxis 2005 – 2010, S. 32 f.; VSB Praxis 1998 – 2001, S. 6.

Die erhaltenen Dokumente müssen sodann nach Art. 7 GwG aufbewahrt werden.⁷⁵ Kann die Vertragspartei keine Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten bzw. den Kontrollinhaber abgeben, da sie nicht weiss, wer dies ist, so werden weitergehende Abklärungspflichten i.S.v. Art. 14 GwG ausgelöst.⁷⁶

Art. 305^{ter} StGB verlangt gemäss einem Urteil des Bundesgerichts im Unterschied zur VSB die Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten in jedem Fall. Dennoch stellte das Bundesgericht im zu beurteilenden Fall hernach auf die konkreten Umstände ab. Der Finanzintermediär darf sich nicht leichthin mit der vom Kunden erhaltenen Erklärung zufriedenstellen, sondern muss bei Ungereimtheiten weitere Abklärungen einleiten. Tut er dies nicht, so verletzt er seine Sorgfaltspflicht.⁷⁷ Er muss dabei nach objektiven Gesichtspunkten so sorgfältig handeln, wie dies ein anderer Finanzintermediär unter gleichen Umständen in derselben Situation tun würde.⁷⁸ Wenn also Indizien vermuten lassen, dass Ungereimtheiten bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung bestehen, dann hat der Finanzintermediär dem nachzugehen.⁷⁹ Auch die herrschende Lehre vertritt die Auffassung, dass keine umfassende Pflicht zur Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit der erhaltenen Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten besteht. Der Finanzintermediär darf grundsätzlich auf die Wahrheit der Erklärung des Vertragspartners zur wirtschaftlichen Berechtigung vertrauen.⁸⁰ Diese Auffassung steht im Einklang mit den Regelungen der VSB. Demnach bestehen zusätzliche Abklärungspflichten nur bei Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben.⁸¹

2.6. Zwischenfazit

Die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bezweckt im Rahmen der Sorgfaltspflichten die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, den Schutz des Finanzplatzes Schweiz sowie die Wahrung der Interessen des Finanzintermediärs. Der wirtschaftlich Berechtigte muss dabei nicht formell identifiziert, sondern lediglich festgestellt werden. Es gibt zwei Arten wirtschaftlich berechtigter Personen: Den wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten sowie die wirtschaftlich berechtigte

⁷⁵ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 11.

⁷⁶ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 14.

⁷⁷ BGE 125 IV 139, E. 3c und 4; HEIM/WETTSTEIN, Art. 27 Abs. 1 VSB 20 N 38.

⁷⁸ BGE 125 IV 139, E. 4; ARZT, S. 191; BASSE-SIMONSOHN, S. 305; EGGER TANNER, S. 279; a.M. DE CAPITANI, Art. 4 GwG N 11 f.

⁷⁹ TPF 2007, 27, E. 2.5.5; BGE 125 IV 139, E. 4.

⁸⁰ BASSE-SIMONSOHN, S. 274; DE CAPITANI, Art. 4 GwG N 113; GEIGER, S. 56; HONEGGER/FREY, S. 343; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 101.

⁸¹ VSB Praxis 1995 – 1997, S. 15 f.; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 49 und Art. 27 Abs. 1 VSB 20 N 38; Kommentar VSB 20, S. 29 und 35.

Person an der operativ tätigen juristischen Person. Dabei hat Ersterer die letztendliche Verfügungsmacht über die Vermögenswerte und Letzterer die tatsächliche Kontrolle über die Gesellschaft. Der Sorgfaltsbegriff in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB und Art. 4 GwG ist identisch. Es ist stets eine risikobasierte Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, um das nach den Umständen gebotene Mass an Sorgfalt festzulegen. Der konkrete Sorgfaltsmassstab findet auch auf die Wiederholungspflicht Anwendung. Die Feststellung hat bei der Eröffnung der Geschäftsbeziehung zu erfolgen, wobei das Konto gemäss VSB in bestimmten Ausnahmefällen bereits früher benutzt werden darf. Die diesbezügliche Hürde ist jedoch tendenziell hoch und vor dem Hintergrund der bereits erfolgten Kritik der FATF nicht empfehlenswert. Zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen eignen sich die Formulare im Anhang der VSB, obschon auch eigene, gleichwertige Formulare verwendet werden dürfen. Sollten Ungereimtheiten bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung bestehen, so hat der Finanzintermediär dem nachzugehen. Eine systematische Überprüfungspflicht besteht nach geltendem Recht allerdings nicht.

2.7. Die Feststellung des Kontrollinhabers bei operativ tätigen juristischen Personen

Als wirtschaftlich berechnigte Personen einer operativ tätigen juristischen Person i.S.v. Art. 2a Abs. 3 GwG gelten grundsätzlich diejenigen natürlichen Personen, «welche die juristische Person letztendlich dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren.» Lässt sich weder eine qualifizierte Beteiligung noch eine Kontrolle «auf andere Weise» ermitteln, so muss gemäss Art. 2a Abs. 3 Satz 2 GwG ersatzweise die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festgestellt werden. Die VSB 20 sieht in Art. 20 eine weitgehend analoge Regelung vor.⁸² In der Praxis gelangt zur Feststellung des Kontrollinhabers in der Regel das im Anhang der VSB zu findende Formular K zur Anwendung.⁸³ Kontrolle über eine Gesellschaft liegt namentlich dann vor, wenn die im Hintergrund stehenden natürlichen Personen die Gesellschaft tatsächlich beherrschen oder kontrollieren. Sie steuern damit insbesondere die Geschäftspolitik, bestimmen die gesetzlichen Vertreter und Organe oder können diesen Weisungen erteilen.⁸⁴ Die Feststellung des Kontrollinhabers hat seinen Hintergrund in der FATF-Empfehlung 10 und beruht auf dem

⁸² HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 1.

⁸³ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 31; Kommentar VSB 20, S. 30; OFK-WYSS, Art. 4 GwG N 8.

⁸⁴ BBI 2014 683; BEURET, N 484; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 9 und N 42; Kommentar VSB 20, S. 30.

Grundsatz, dass die den Vertragspartner letztendlich besitzenden oder kontrollierenden natürlichen Personen festgestellt werden sollen.⁸⁵ Die in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 GwG und Art. 22 ff. VSB 20 geregelten Fälle sind von der Pflicht zur Feststellung des Kontrollinhabers ausgenommen.⁸⁶

Für die Berechnung der Beteiligungsquoten und die Angaben zur Kontrollinhaberschaft auf dem Formular K sind die Gesellschaften selbst zuständig.⁸⁷ Der Finanzintermediär kann faktische Kontrollinhaber in der Regel nur durch Informationen des Vertragspartners bzw. gestützt auf sonstige Hinweise erkennen. Deshalb haben die die Gesellschaft vertretenden Personen diesbezüglich ebenfalls eine Informationspflicht.⁸⁸ Der Finanzintermediär hat bei der Feststellung des Kontrollinhabers lediglich offenkundige Faktoren zu berücksichtigen und keine weiteren Pflichten zur Nachforschung.⁸⁹

Bei der Feststellung des Kontrollinhabers findet gemäss Art. 20 VSB 20 eine Abklärungskaskade Anwendung. Diese folgt den Empfehlungen der FATF und hält an der von der FATF vorgeschlagenen Mindestbeteiligung von 25 Prozent am Kapital oder den Stimmen fest:⁹⁰

1. Es sind als Kontrollinhaber grundsätzlich natürliche Personen festzustellen, die eine Stimm- oder Kapitalbeteiligung von 25 Prozent oder mehr am Vertragspartner halten.⁹¹
2. Wenn keine Personen nach Ziff. 1 ermittelt werden können, werden diejenigen natürlichen Personen festgestellt, die den Vertragspartner auf andere erkennbare Weise kontrollieren.⁹²
3. Können keine Personen nach Ziff. 1 bzw. Ziff. 2 ermittelt werden, so ist ersatzweise die geschäftsführende Person festzustellen.⁹³

Die Abklärungskaskade ist grundsätzlich nicht alternativ ausgestaltet. Dies bedeutet, dass die nächste Stufe nur zur Anwendung gelangt, wenn die vorgängige nicht anwendbar ist.⁹⁴

⁸⁵ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 2 ff.; Kommentar VSB 20, S. 30; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 64 ff.

⁸⁶ ARPAGAUS, N 888; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 6 VSB 20 N 1.

⁸⁷ BBI 2014 683; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 134; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 35.

⁸⁸ BBI 2014 683; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 2; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 101.

⁸⁹ DE CAPITANI, Art. 4 GwG N 113; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 101.

⁹⁰ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 46; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 11; Kommentar VSB 20, S. 30; MEYER/RYHNER, S. 111; vgl. FATF Recommendations 2012, S. 65 f.

⁹¹ Art. 20 Abs. 1 VSB 20; Kommentar VSB 20, S. 30; vgl. Art. 2a Abs. 3 Satz 1 GwG.

⁹² Art. 20 Abs. 3 VSB 20; Kommentar VSB 20, S. 30 f.; vgl. Art. 2a Abs. 3 Satz 1 GwG.

⁹³ Art. 20 Abs. 4 VSB 20; Kommentar VSB 20, S. 31; vgl. Art. 2a Abs. 3 Satz 2 GwG.

⁹⁴ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 11; Kommentar VSB 20, S. 30 f.; vgl. dazu jedoch hinten Ziff. 2.7.4.

Die Person, welche die Gesellschaft kontrolliert, hat in der Regel auch die Kontrolle über die Vermögenswerte inne. Deshalb ist die Unterscheidung zwischen dem Kontrollinhaber und dem wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten in der Praxis oftmals nicht von entscheidender Bedeutung.⁹⁵ Dennoch kann es vorkommen, dass beide Arten von wirtschaftlich Berechtigten festgestellt werden müssen.⁹⁶ Wenn die Vermögenswerte treuhänderisch für einen Dritten gehalten werden, so bedarf es nach Art. 30 VSB 20 zusätzlich der Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten. Es handelt sich hierbei um eine ergänzende Feststellung zum Kontrollinhaber der Gesellschaft.⁹⁷ Das treuhänderische Halten von Vermögenswerten für einen Dritten tritt in der Praxis oft im Zusammenhang mit Treuhandgesellschaften, Family Offices oder bei Gesellschaften, die Vermögensverwaltung für Dritte betreiben auf.⁹⁸ Die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten kann beispielsweise mit dem Formular A erfolgen.⁹⁹

Die Vertreter einer Aktiengesellschaft haben schriftlich zu bestätigen, wer Kontrollinhaber ist.¹⁰⁰ Bei der Umsetzung der FATF-Empfehlungen 2012 wurde auch das Schweizer Aktienrecht einer Revision unterzogen. Dadurch konnte mehr Transparenz hinsichtlich der Eigentümer von nicht börsenkotierten Gesellschaften geschaffen werden.¹⁰¹ Dabei wurde insbesondere die FATF-Empfehlung 24 über die Transparenz und die Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen umgesetzt.¹⁰² In der Schweiz sind nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften gemäss Art. 697I Abs. 1 OR nun angehalten, ein Verzeichnis über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen zu führen.¹⁰³

Der Finanzintermediär darf nur dann davon ausgehen, dass die Gesellschaft über die zur Feststellung des Kontrollinhabers notwendigen Informationen verfügt, wenn der Sitz der Aktiengesellschaft in einem Land ist, welches die FATF-Empfehlung 24 ebenfalls

⁹⁵ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 28; GEIGER, S. 124 f.

⁹⁶ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 45; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 28; NOBEL, § 6 N 398.

⁹⁷ VSB Praxis Juli – Dezember 2020, S. 8; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 121; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 104.

⁹⁸ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 121; HEIM/WETTSTEIN, Art. 30 VSB 20 N 3.

⁹⁹ MEYER/RYHNER, S. 111.

¹⁰⁰ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 15.

¹⁰¹ Kommentar VSB 20, S. 28; NOBEL, § 6 N 391.

¹⁰² BBI 2014 616.

¹⁰³ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 38; Kommentar VSB 20, S. 33; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 106.

umgesetzt hat.¹⁰⁴ Wenn die Empfehlung in einem Land nicht umgesetzt wurde, ist die Erhebung der entsprechenden Informationen von besonderer Schwierigkeit.¹⁰⁵

2.7.1. Kontrolle durch qualifizierte Beteiligung

In erster Linie sind diejenigen natürlichen Personen festzustellen, die direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten über eine Mindestbeteiligung am Kapital oder den Stimmen von 25 Prozent oder mehr verfügen.¹⁰⁶ Es ist folglich beim Kontrollbegriff zwischen direkter und indirekter Kontrolle zu unterscheiden.¹⁰⁷ Unabhängig davon kann eine Kontrolle auch «in gemeinsamer Absprache» erfolgen. Dabei ist beispielsweise an Aktionärbindungsverträge zu denken. Die gemeinsame Absprache hat nicht zwingend schriftlich zu erfolgen.¹⁰⁸

Damit die Aktiengesellschaft über die notwendigen Informationen hinsichtlich der qualifizierten Beteiligungen verfügt, müssen Aktionäre beim Erwerb einer Beteiligung gewisse Meldungen vornehmen.¹⁰⁹ Art. 697j Abs. 1 OR statuiert eine generelle Meldepflicht für den Erwerber von Aktien beim Erreichen des Schwellenwerts von 25 Prozent am Aktienkapital oder an den Stimmen. Die Meldung hat innerhalb eines Monats nach dem Erwerb zu erfolgen. Dabei sind der Vor- und Nachname sowie die Adresse der wirtschaftlich berechtigten Person zu deklarieren.¹¹⁰ Darüber hinaus wurde im Zuge der Umsetzung der FATF-Empfehlungen 2012 in Art. 697i OR eine Pflicht zur Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien an nicht börsenkotierten Gesellschaften eingeführt. Das Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke erachtete die Transparenzvorschriften des FATF-Gesetzes nicht als ausreichend. Deshalb wurden Inhaberaktien in der Folge für nicht börsenkotierte bzw. nicht als Bucheffekten ausgestaltete Aktien mit Art. 622 Abs. 1^{bis} OR ganz abgeschafft.¹¹¹

2.7.1.1. Direkte Kontrolle

Von direkter Kontrolle ist die Rede, wenn eine unmittelbare Beteiligung an der Gesellschaft vorliegt. Unter direkter Kontrollinhaberschaft qualifizieren demnach natürliche

¹⁰⁴ BBI 2014 684; Kommentar VSB 20, S. 29.

¹⁰⁵ SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 108.

¹⁰⁶ OFK-WYSS, Art. 2a GwG N 21; Kommentar VSB 20, S. 30.

¹⁰⁷ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 59; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 130; Kommentar VSB 20, S. 31; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 85.

¹⁰⁸ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 60; EGLE, N 333; Kommentar VSB 20, S. 30.

¹⁰⁹ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 36.

¹¹⁰ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 37; Kommentar VSB 20, S. 32 f.; NOBEL, § 6 N 391.

¹¹¹ BBI 2019 313; CERESOLA, S. 89.

Personen, die unmittelbar über 25 Prozent oder mehr der Kapital- oder Stimmrechte einer Gesellschaft verfügen.¹¹²

Die Feststellung der alleinigen direkten Kontrollinhaberschaft ist bei Aktiengesellschaften in der Regel unproblematisch. Die entsprechenden Informationen können grundsätzlich dem Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen bzw. dem Aktienbuch entnommen werden.¹¹³

2.7.1.2. Indirekte Kontrolle

Die Kontrollinhaberschaft kann dem Wortlaut von Art. 2a Abs. 3 GwG folgend auch indirekt vorliegen. Sie wird diesfalls über eine mittelbare Beteiligung an der Gesellschaft ausgeübt. So werden die 25 Prozent oder mehr Stimm- oder Kapitalanteile mittelbar durch eine oder mehrere zwischengeschaltete Gesellschaften gehalten.¹¹⁴ Art. 2a Abs. 3 GwG sieht keine explizite Regelung vor, wie bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen vorzugehen ist. Deshalb fanden sich in der Lehre bis zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21. Juni 2019, die am 1. November 2019 in Kraft traten, verschiedene Auslegungen des Schwellenwerts von 25 Prozent bei indirekten Beteiligungen.¹¹⁵ Bei der unter der VSB entwickelten Praxis gelangt der Zurechnungsansatz zur Anwendung. Die von den zwischengeschalteten operativ tätigen Gesellschaften gehaltenen Anteile werden den natürlichen Personen zugerechnet, die letztendlich die effektive Kontrolle über die zwischengeschaltete Gesellschaft innehaben.¹¹⁶ Es stellt sich dabei die Frage, wann eine effektive Kontrolle vorliegt. Diese ist dann gegeben, wenn die natürliche Person die zwischengeschaltete Gesellschaft mit mehr als 50 Prozent oder auf andere erkennbare Art und Weise kontrolliert.¹¹⁷ Von Interesse ist folglich insbesondere, ob die natürliche Person die tatsächliche Möglichkeit zur Steuerung der zwischengeschalteten Gesellschaft hat.¹¹⁸ Auch DETTWILER/HESS stimmen dieser Praxis zu.¹¹⁹ Eine andere Auffassung wurde beispielsweise von VISCHER/GALLI vertreten. Ihrer Meinung nach gelten natürliche Personen bereits dann als Kontrollinhaber, wenn sie an der zwischengeschalteten

¹¹² BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 130; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 40 f.; Kommentar VSB 20, S. 31.

¹¹³ Art. 6971 Abs. 1 OR; EGLE, N 331.

¹¹⁴ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 130; EGLE, N 332; Kommentar VSB 20, S. 31.

¹¹⁵ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 54; PODA, S. 73.

¹¹⁶ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 44; Kommentar VSB 20, S. 30 ff.

¹¹⁷ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 40 ff.; Kommentar VSB 20, S. 32.

¹¹⁸ SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 90.

¹¹⁹ BSK-DETTWILER/HESS, Art. 697j Abs. 1 OR N 47.

Gesellschaft 25 Prozent halten.¹²⁰ Dieser Ansatz hat jedoch nach der Kritik von GERICKE/KUHN eine Verwässerung des tatsächlichen Einflusses zur Folge.¹²¹ Letztere bevorzugen die Methode der Multiplikation der Beteiligungsquoten auf den verschiedenen Ebenen, wobei das Endergebnis für eine Kontrollinhaberschaft wiederum mindestens 25 Prozent betragen muss.¹²² Die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen war wie soeben aufgezeigt umstritten. Durch die Revision des Aktienrechts hat der Gesetzgeber die kontrovers diskutierte Thematik nun zugunsten der Zurechnungsmethode entschieden.¹²³ Handelt es sich beim Aktionär einer Gesellschaft um eine juristische Person oder Personengesellschaft, so muss nach Art. 697j Abs. 2 OR diejenige Person gemeldet werden, die den Aktionär in sinngemässer Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert. Nach diesem Artikel kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen insbesondere dann, wenn sie «direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt». Demnach ist auf jeder Stufe eine dahingehende Prüfung vorzunehmen, ob ein beherrschtes Unternehmen seinerseits wieder Kontrolle gemäss Art. 963 Abs. 2 OR ausübt.¹²⁴ Diese Vorgehensweise verfolgt den gleichen Grundgedanken wie die VSB und bestätigt folglich den von den Banken in der Vergangenheit bereits angewendeten Ansatz.¹²⁵

Auf dem Formular K werden nur die Kontrollinhaber der letzten Gesellschaft festgehalten.¹²⁶ Bei komplexen Beteiligungsstrukturen kann es demnach durchaus sinnvoll sein, eine weitergehende Dokumentation und ergänzende schriftliche Erklärungen im Zusammenhang mit der Kontrollinhaberschaft zu den Akten zu nehmen.¹²⁷ Das Entgegennehmen einer Kette mehrerer Formulare K ist jedoch nicht empfehlenswert. Es kann dadurch zu materiell falschen Feststellungen bezüglich dem Kontrollinhaber kommen.¹²⁸

Grundsätzlich sind als Kontrollinhaber natürliche Personen festzustellen.¹²⁹ Kontrolliert eine nicht zur Feststellung des Kontrollinhabers verpflichtete operative Gesellschaft eine andere, so können ausnahmsweise juristische Personen als Kontrollinhaber aufgeführt werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine börsenkotierte Gesellschaft

¹²⁰ VISCHER/GALLI, 2016, S. 487.

¹²¹ GERICKE/KUHN, S. 857.

¹²² GERICKE/KUHN, S. 855 ff.

¹²³ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 54 f.

¹²⁴ GLANZMANN, S. 38.

¹²⁵ VISCHER/GALLI, 2020, S. 1040; vgl. Art. 35 GwV-FINMA.

¹²⁶ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 44; Kommentar VSB 20, S. 35.

¹²⁷ VSB Praxis Juli – Dezember 2017, S. 2.

¹²⁸ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 46.

¹²⁹ Art. 20 Abs. 2 VSB 20.

Kontrollinhaberin einer nicht börsenkotierten Gesellschaft ist.¹³⁰ Es kann demnach vorkommen, dass weder der Finanzintermediär noch der Vertragspartner eine unmittelbare Beziehung zum Kontrollinhaber unterhalten.¹³¹ Zudem gibt es Fälle, in welchen eine Gesellschaft Kontrollinhaberin einer operativ tätigen juristischen Person ist, die nicht selbst wirtschaftlich berechtigt an ihren Vermögenswerten sein kann. Zu denken ist beispielsweise an eine Sitzgesellschaft, bei welcher mit dem Formular A sämtliche wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten der Sitzgesellschaft aufzuführen sind.¹³²

Bei indirekt qualifiziert beteiligten natürlichen Personen sind bei der Aktiengesellschaft grundsätzlich zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

- Handelt es sich beim Halter der qualifizierten Beteiligung um eine oder mehrere juristische Personen, so ist derjenige, der die zwischengeschaltete Gesellschaft kontrolliert als Kontrollinhaber festzustellen.¹³³
- Andererseits kann die qualifizierte Beteiligung durch eine oder mehrere natürliche Personen gehalten werden. Zu denken ist hier beispielsweise an Treuhandverhältnisse und ähnliche Abreden bzw. daran, dass jemand auf andere Weise eine entsprechende Machtposition gegenüber der Aktiengesellschaft innehat.

Andererseits könnte eine gemeinsame Absprache bei einer Aktiengesellschaft beispielsweise im Rahmen eines Aktionärsbindungsvertrags vorliegen. Dabei üben mehrere Personen ihr Stimmrecht an der Generalversammlung nach gemeinsamer Absprache einheitlich aus und erreichen dadurch den Schwellenwert von 25 Prozent gemeinsam.¹³⁴ Dabei ist auch ein konkludent aufeinander abgestimmtes Verhalten ausreichend.¹³⁵ Die (tatsächliche) Willensbildung bezüglich der Stimmrechtsausübung erfolgt in der Regel mittels Beschluss an einer vorverlagerten Versammlung.¹³⁶ Bestimmt hingegen bei der Versammlung einzig eine Person über die Willensbildung, so liegt keine gemeinsame Absprache, sondern vielmehr eine indirekte Kontrolle vor.¹³⁷

2.7.2. Kontrolle «auf andere Weise»

Können keine qualifizierten Beteiligungen festgestellt werden, so sind jene natürlichen Personen festzustellen, die auf andere erkennbare Weise die Kontrolle über die

¹³⁰ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 2 VSB 20 N 1 ff.; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 83.

¹³¹ SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 93.

¹³² BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 45; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 2 VSB 20 N 2; Kommentar VSB 20, S. 32.

¹³³ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2015, S. 30 f.

¹³⁴ EGLE, N 332 f.

¹³⁵ EGLE, N 333; krit. BÖCKLI, § 7 N 70.

¹³⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, N 775 f.

¹³⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, N 169, N 192 ff. und N 201.

Gesellschaft ausüben.¹³⁸ Es sind verschiedene Kontrollkonstellationen denkbar, wobei stets die tatsächliche Kontrolle über die Gesellschaft von Relevanz ist.¹³⁹

Eine Kontrolle «auf andere Weise» liegt beispielsweise dann vor, wenn eine natürliche Person Kontrolle über das leitende Organ der Aktiengesellschaft ausüben oder diesem Weisungen erteilen kann.¹⁴⁰ Zu denken ist dabei insbesondere an einen Patron, welcher eine wichtige persönliche Stellung im Unternehmen innehat und aufgrund dessen über eine faktische Kontrolle verfügt. Ausserdem kann eine Kontrolle «auf andere Weise» vorliegen, wenn ein privater Kapitalgeber einer Aktiengesellschaft ein grosses Darlehen gewährt. Mit diesem erhält er aufgrund der finanziell überwiegenden Machtposition einen beherrschenden Einfluss.¹⁴¹ Weiter ist eine Kontrolle «auf andere Weise» bei einer Aktiengesellschaft durch einen Verwaltungsratsbindungsvertrag möglich. Damit kann durch vertragliche Vereinbarung Einfluss auf das Gesellschaftergeschehen genommen werden.¹⁴² Im Weiteren kommen auch familiäre Verhältnisse, die Abhängigkeit von Fremdkapitalgebern oder sonstigen Gläubigern sowie Aktionärsbindungsverträge, abhängig von ihrem Inhalt, für eine Kontrolle «auf andere Weise» in Frage.¹⁴³

2.7.3. Ersatzweise Feststellung der geschäftsführenden Person

Liegt keine Kontrolle «auf andere Weise» vor, so ist ersatzweise die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen.¹⁴⁴ Als geschäftsführende Person qualifiziert diejenige natürliche Person, welche die effektive und tatsächliche Leitung einer Gesellschaft innehat. Es kann vorkommen, dass mehrere Personen gemeinsam die oberste Geschäftsführung wahrnehmen. Deshalb ist es denkbar, dass mehrere Personen als Kontrollinhaber erfasst werden.¹⁴⁵

Von besonderer Bedeutung ist der Begriff «ersatzweise». Der ersatzweise festzustellende Geschäftsführer ist kein Kontrollinhaber im Sinne der Art. 20 Abs. 1 und 3 VSB 20.¹⁴⁶ Der Geschäftsführer gelangt aus rein arbeitsrechtlichen Gründen an die Position, um über die Geschäfte der Gesellschaft zu bestimmen. Er agiert folglich als Angestellter und nicht als Kontrollinhaber.¹⁴⁷ Es handelt sich bei der geschäftsführenden Person deshalb

¹³⁸ Art. 20 Abs. 3 VSB 20; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 1; OFK-WYSS, Art. 2a GwG N 21.

¹³⁹ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 2.

¹⁴⁰ BBI 2014 683; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 2.

¹⁴¹ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 62; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 2; Kommentar VSB 20, S. 30 f.

¹⁴² EGLE, N 336.

¹⁴³ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 2; Kommentar VSB 20, S. 30 f.

¹⁴⁴ Art. 20 Abs. 4 VSB 20; BBI 2014 683; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 4 VSB 20 N 1; OFK-WYSS, Art. 2a GwG N 21.

¹⁴⁵ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 63; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 4 VSB 20 N 2; Kommentar VSB 20, S. 31.

¹⁴⁶ BBI 2014 683; EGLE, N 329; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 4 VSB 20 N 3; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 79.

¹⁴⁷ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 4 VSB 20 N 3; Kommentar VSB 20, S. 31.

grundsätzlich auch nicht um den wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten.¹⁴⁸ Mangelt es an einer geschäftsführenden Person, so ist das führende Mitglied des Exekutivorgans festzustellen.¹⁴⁹ Wenn bei Kollektivorganen keine natürliche Person über besondere Befugnisse verfügt, so kann auf die bloss formale Stellung beispielsweise als Präsident oder Vorsitzender abgestellt werden.¹⁵⁰

Bei einer Aktiengesellschaft wäre demnach ersatzweise der Geschäftsführer festzustellen.¹⁵¹ Mangelt es an einer geschäftsführenden Person, so ist bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat als Exekutivorgan beizuziehen.¹⁵² Gibt es mehrere Verwaltungsräte, so wäre den obigen Ausführungen folgend der Verwaltungsratspräsident festzustellen.

2.7.4. Verhältnis der Kontrolle durch qualifizierte Beteiligung sowie «auf andere Weise»

Es soll der effektive Kontrollinhaber und nicht der treuhänderische Halter von Anteilen erfasst werden. Deshalb ist es nicht ausreichend, einzig auf die formellen Beteiligungsverhältnisse abzustellen.¹⁵³ Bestehen zusätzlich zum formell Beteiligten weitere Personen, die den Rechtsträger (faktisch) kontrollieren, und der Finanzintermediär weiss dies bzw. sollte dies bei gehöriger Sorgfalt wissen, so sind diese Personen zusätzlich festzustellen.¹⁵⁴ Dieses Vorgehen entspricht auch dem Wortlaut von Art. 2a Abs. 3 GwG. Demnach ist eine mittels tatsächlicher Kontrolle erlangte wirtschaftliche Berechtigung kumulativ zur wirtschaftlichen Berechtigung über die Beteiligungen denkbar. Infolgedessen kann es nebeneinander verschiedene Arten von wirtschaftlich Berechtigten an operativ tätigen juristischen Personen geben.¹⁵⁵ Es sind in einem solchen Fall beide Kontrollinhaber auf dem Formular K aufzuführen.¹⁵⁶ Diese Vorgehensweise entspricht auch den FATF-Empfehlungen. Sie sehen vor, dass eine Kontrolle «auf andere Weise» auch dann abgeklärt werden muss, wenn Zweifel bestehen «as to whether the person(s) with the controlling ownership interest are the beneficial owner(s)».¹⁵⁷

¹⁴⁸ SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 103.

¹⁴⁹ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 49.

¹⁵⁰ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 63.

¹⁵¹ BBI 2014 683; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 15.

¹⁵² BÖCKLI, § 13 N 282 ff.

¹⁵³ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2015, S. 30; Kommentar VSB 20, S. 31.

¹⁵⁴ BSK-MEYER/Ryhner, Art. 4 GwG N 128.

¹⁵⁵ BBI 2014 683; BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 48.

¹⁵⁶ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 3 VSB 20 N 4; Kommentar VSB 20, S. 31.

¹⁵⁷ FATF Recommendations 2012, S. 65.

2.8. Zwischenfazit

Bei operativ tätigen Aktiengesellschaften ist der sogenannte Kontrollinhaber festzustellen. Dabei gelangt eine dreistufige Abklärungskaskade zur Anwendung, mit welcher geprüft werden soll, wer über die Kontrolle über die juristische Person verfügt. Es ist dabei entscheidend, welche natürliche Person die Gesellschaft tatsächlich beherrscht bzw. kontrolliert. Für die Erklärungen zur Kontrollinhaberschaft sind die Gesellschaften selbst zuständig. Werden die Vermögenswerte treuhändischer für einen Dritten gehalten, so muss in Ergänzung zum Kontrollinhaber noch der wirtschaftlich Berechtigte an den Vermögenswerten festgestellt werden.

In einem ersten Schritt sind als Kontrollinhaber grundsätzlich natürliche Personen festzustellen, die eine Stimm- oder Kapitalbeteiligung von mindestens 25 Prozent am Vertragspartner halten. Die Kontrolle kann dabei direkt oder indirekt bzw. in gemeinsamer Absprache vorliegen. Bei Aktiengesellschaften kann die direkte Kontrollinhaberschaft grundsätzlich dem Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen bzw. dem Aktienbuch entnommen werden. Eine indirekte Kontrolle liegt demgegenüber vor, wenn die Stimm- oder Kapitalanteile mittelbar durch eine oder mehrere zwischengeschaltete Gesellschaften gehalten werden. Dabei ist zur diesbezüglichen Feststellung dem Zurechnungsansatz der Vorrang zu gewähren. Bei Aktiengesellschaften ist bei indirekten Beteiligungen insbesondere an Treuhandverhältnisse und ähnliche Abreden zu denken. Ausserdem können gemeinsame Absprachen auch durch Aktionärbindungsverträge erfolgen. Es werden auf dem Formular K allerdings nur die letztendlichen Kontrollinhaber festgehalten. Grundsätzlich sind dabei natürliche Personen festzustellen, obschon auch Ausnahmen denkbar sind.

In einem zweiten Schritt werden diejenigen natürlichen Personen festgestellt, die den Vertragspartner «auf andere Weise» kontrollieren. Eine Kontrolle «auf andere Weise» kann sich bei Aktiengesellschaften insbesondere aus Darlehensbeziehungen, Aktionärbindungsverträgen oder einer anderweitigen beherrschenden Position ergeben.

Können gemäss obiger Vorgehensweise keine Personen ermittelt werden, so ist ersatzweise das oberste Mitglied des leitenden Organs festzustellen. Es handelt sich dabei um keinen Kontrollinhaber im eigentlichen Sinne. Bei einer Aktiengesellschaft ist in der Regel der Geschäftsführer festzustellen.

Grundsätzlich ist die Abklärungskaskade nicht alternativ ausgestaltet. Es ist jedoch denkbar, dass in Ergänzung zu einem formell Beteiligten noch eine Kontrolle «auf andere

Weise» vorliegt. In einem solchen Fall sind beide Kontrollinhaber auf dem Formular K aufzuführen.

2.9. Kritische Würdigung

Rechtssicherheit ist im Zusammenhang mit der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten von besonderer Wichtigkeit, da Fehlentscheide neben aufsichtsrechtlichen insbesondere auch strafrechtliche Konsequenzen mit sich ziehen können.¹⁵⁸ Die Abgrenzung zwischen Sitzgesellschaft und operativ tätiger juristischer Person führt in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten. Dennoch ist sie nach geltendem Recht aufgrund der daraus resultierenden Sorgfaltspflichten von besonderer Relevanz.¹⁵⁹ Der Begriff «wirtschaftlich Berechtigter» wird einerseits im Zusammenhang mit dem wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten, andererseits mit dem wirtschaftlich Berechtigten an operativ tätigen juristischen Personen verwendet. Dies kann zu Missverständnissen führen.¹⁶⁰ In Anbetracht der Empfehlungen der FATF und einem internationalen Vergleich scheint es sich bei der differenzierten Feststellung des Kontrollinhabers und der wirtschaftlich berechtigten Person an den Vermögenswerten um ein «Swiss Finish» zu handeln.¹⁶¹ Es ist deshalb fraglich, ob eine Unterscheidung zwischen der Feststellung des Kontrollinhabers und des wirtschaftlich Berechtigten tatsächlich notwendig ist.¹⁶² Zu beachten ist ausserdem, dass es sich beim Schwellenwert von 25 Prozent um eine gesetzliche Fiktion handelt. Eine Beteiligung von lediglich 25 Prozent ist in der Regel nicht ausreichend, um die tatsächliche Kontrolle über eine Gesellschaft innezuhaben.¹⁶³ KUHNS argumentiert dahingehend, dass mit Art. 697j Abs. 2 OR bei der Feststellung der indirekten Kontrollinhaberschaft zwar der Zurechnungsmethode der Vorrang gewährt wurde, die Verschleierung der wirtschaftlichen Berechtigung damit dennoch nicht verhindert werden könne. Diese gelinge durch das Zwischenschalten mehrerer Gesellschaften, indem die zwischengeschalteten Gesellschaften je weniger als 25 Prozent an der Vertragspartei halten. Unter der Schwelle von 25 Prozent muss keine Meldung über die wirtschaftlich berechtigte Person getätigt werden. Es könne folglich vorkommen, dass der wirtschaftlich Berechtigte in Tat und Wahrheit indirekt 100 Prozent der Vertragspartei beherrscht und dennoch aufgrund der zwischengeschalteten Gesellschaften unerkannt bleibt.¹⁶⁴ Meines Erachtens kann

¹⁵⁸ MEYER/RYHNER, S. 108; vgl. dazu hinten Ziff. 2.12.

¹⁵⁹ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 143.

¹⁶⁰ HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 10; NOBEL, § 6 N 399; SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 72.

¹⁶¹ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 42; NOBEL, § 6 N 400.

¹⁶² MEYER/RYHNER, S. 113.

¹⁶³ BSK-GRETER, Art. 2a GwG N 51; EGGLE, N 502; MEYER/RYHNER, S. 111.

¹⁶⁴ KUNZ, S. 14.

dieser Argumentation nicht gefolgt werden. Letztlich müssen sich die zwischengeschalteten Gesellschaften zur Ausübung von Kontrolle untereinander abstimmen. Eine solche Abstimmung erfolgt beispielsweise vertraglich, wonach eine Kontrolle «auf andere Weise» gegeben wäre. Die beabsichtigte Verschleierung wäre diesfalls erfolglos. Dennoch kann festgehalten werden, dass sich Art. 697j Abs. 2 OR auf die Kontrolle bzw. die Beteiligung an der Gesellschaft fokussiert. Hält eine Gesellschaft die Vermögenswerte somit treuhänderisch für einen Dritten, so bleibt dieser wirtschaftlich Berechtigte vermutlich unerkannt.¹⁶⁵

2.10. Die Wiederholungspflicht gemäss Art. 5 GwG

Die Wiederholungspflicht nach Art. 5 GwG gehört ebenfalls zu den im 2. Kapitel des GwG genannten Sorgfaltspflichten und stellt ein im Zentrum stehendes Element bei der Bekämpfung der Geldwäscherei dar.¹⁶⁶ Entstehen im Laufe der Geschäftsbeziehung Zweifel über die wirtschaftliche Berechtigung, so muss gemäss Abs. 1 der vorgenannten Bestimmung die Feststellung nach Art. 4 GwG wiederholt werden.¹⁶⁷ Eine weitgehend analoge Regelung findet sich in Art. 46 Abs. 1 VSB 20.¹⁶⁸ Die Wiederholungspflicht hat folglich zum Zweck, dass die wirtschaftliche Berechtigung dauerhaft korrekt dokumentiert ist.¹⁶⁹

Eine Abgrenzung ist einerseits von den besonderen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 6 GwG vorzunehmen, obschon oftmals die gleichen (ungewöhnlichen) Ereignisse bzw. Feststellungen die entsprechenden Pflichten auslösen. Art. 6 GwG bezweckt, den Hintergrund bzw. den Zweck einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung abzuklären. Dabei soll geprüft werden, ob diese legitim ist. Andererseits ist eine Abgrenzung zur ereignisunabhängigen, periodischen Aktualisierung von Kundeninformationen vorzunehmen.¹⁷⁰ Eine solche Aktualisierungspflicht war bereits bei der Revision der GwV-FINMA im Jahr 2017 geplant und wird nun im Rahmen der Revision des GwG in Art. 7 Abs. 1^{bis} revGwG eingeführt.¹⁷¹

¹⁶⁵ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 57.

¹⁶⁶ SHK-BRUNNHOFER/LEIMGRUBER, Art. 5 GwG N 1.

¹⁶⁷ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 2; OFK-WYSS, Art. 5 GwG N 3; SHK-BRUNNHOFER/LEIMGRUBER, Art. 5 GwG N 3.

¹⁶⁸ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 11.

¹⁶⁹ VSB Praxis Januar – Juni 2018, S. 1 f.; TPF 2007, 27, E. 2.6; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 2; DE CAPITANI, Art. 5 GwG N 1; HEIM/WETTSTEIN, Art. 46 Abs. 1 VSB 20 N 10.

¹⁷⁰ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 2 f.

¹⁷¹ BBI 2019 5508 f.; Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 18 ff.

2.10.1. Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung

Das Gesetz definiert nicht, wann ein Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung vorliegt.¹⁷² Der Zweifel kann sich einerseits auf die Richtigkeit der erhaltenen Angaben sowie andererseits auf deren Aktualität beziehen.¹⁷³ Mit Art. 46 Abs. 1 VSB 20 werden diejenigen Konstellationen abgedeckt, bei welchen Hinweise bestehen, dass der tatsächlich wirtschaftlich Berechtigte bzw. Kontrollinhaber von der festgestellten Person abweicht. Zudem erfasst vorgenannter Artikel diejenigen Fälle, in welchen sich Zweifel an der ursprünglich angenommenen Identität der wirtschaftlich berechtigten Person ergeben. Ferner kann sich der Zweifel auch darauf beziehen, ob der Kontrollinhaber und die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte Person identisch sind. Dies ist insbesondere bei operativ tätigen Gesellschaften von Relevanz, da die betroffenen Vermögenswerte allenfalls treuhänderisch für einen bisher nicht bekannten Dritten gehalten werden könnten.¹⁷⁴

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass Zweifel in ungewöhnlichen Feststellungen begründet sind.¹⁷⁵ Eine allgemeingültige Liste mit Indizien für Zweifel im Sinne des GwG besteht hingegen nicht, weshalb der Finanzintermediär ein adäquates Konzept zur Entdeckung von Zweifeln zu entwickeln hat. Dabei ist eine risikobasierte Umsetzung zu wählen.¹⁷⁶ Der Finanzintermediär kann sich unter anderem auf die bekannten Vorgaben der FATF¹⁷⁷ sowie der GwV-FINMA¹⁷⁸ abstützen. Im Hinterkopf sollte er jedoch immer behalten, dass öffentlich zugängliche Indizien beim Missbrauch einer Geschäftsbeziehung vermutlich vermieden werden.¹⁷⁹ WYSS äussert sich hinsichtlich der Liste von Indizien kritisch. Die Schwächen seien oftmals nicht die Listen an sich, sondern das Fehlen der Zeit zur Anwendung des gesunden Menschenverstands. Er sieht dabei unter anderem die zunehmende Formalisierung der Regulierung als Ursache. Es sei deshalb wichtig, die Listen laufend auf ihre Tauglichkeit zu prüfen bzw. nicht notwendige Punkte von der Liste zu streichen.¹⁸⁰ Nachfolgend sollen mögliche Indizien aufgezeigt werden. Diese wurden aus Gründen der Übersichtlichkeit in Gruppen zusammengefasst.

¹⁷² OFK-WYSS, Art. 4 GwG N 10.

¹⁷³ Art. 46 Abs. 1 VSB 20; BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 4; HEIM/WETTSTEIN, Art. 46 Abs. 1 VSB 20 N 17.

¹⁷⁴ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 11 f.

¹⁷⁵ VSB Praxis Juli – Dezember 2018, S. 3; Kommentar VSB 20, S. 66.

¹⁷⁶ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 6; OFK-WYSS, Art. 5 GwG N 6.

¹⁷⁷ FATF Recommendations 2012, S. 67.

¹⁷⁸ Art. 59 Abs. 1 und 3 GwV-FINMA; vgl. Anhang GwV-FINMA.

¹⁷⁹ OFK-WYSS, Art. 5 GwG N 6.

¹⁸⁰ OFK-WYSS, Art. 5 GwG N 6.

2.10.1.1. Indizien im Zusammenhang mit den involvierten Vermögenswerten

Ist der Umfang oder der Wert der erfolgten Transaktionen von den dem Finanzintermediär bekannten finanziellen bzw. persönlichen Verhältnissen des Kunden abweichend, so kann ein Indiz für Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung vorliegen.¹⁸¹ Dies ist gleichermaßen der Fall, wenn die über die Geschäftsbeziehung transferierten Vermögenswerte die ursprünglich in Aussicht gestellten Vermögenswerte bei weitem überschreiten.¹⁸² Ausserdem können auch Durchlauftransaktionen ein Indiz darstellen.¹⁸³ Dies insbesondere dann, wenn ein grösserer Geldbetrag von einem bevollmächtigten Dritten eingeht und dieser die Vermögenswerte auf ein auf ihn lautendes Konto weitervergütet.¹⁸⁴ Darüber hinaus können ungewöhnlich hohe Bartransaktionen¹⁸⁵ als auch die Eröffnung eines Rubrikkontos¹⁸⁶ Anhaltspunkte für Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung sein.

2.10.1.2. Indizien im Zusammenhang mit den involvierten Personen

Eine Änderung der Umstände der Gesellschaft kann ein Anhaltspunkt für einen Zweifel darstellen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Präsident einer Gesellschaft ändert.¹⁸⁷ Eine ungewöhnliche Feststellung ist im Weiteren denkbar, wenn eine Person eine Vollmacht erhält, und diese in keiner erkennbar ausreichend nahen Beziehung zum Vertragspartner steht. Davon ausgenommen sind reine Verwaltungsvollmachten, bei welchen einzig Transaktionen innerhalb der gleichen Geschäftsbeziehung möglich sind.¹⁸⁸

2.10.1.3. Indizien im Zusammenhang mit Erklärungen bzw. Handlungen der Vertragspartei

Ein Anhaltspunkt für Zweifel im Zusammenhang mit Erklärungen bzw. Handlungen der Vertragspartei kann eine offensichtlich unrichtige Angabe des Kunden im Rahmen des Eröffnungsprozesses sein.¹⁸⁹ Ausserdem können Indizien für Zweifel aus den

¹⁸¹ VSB Praxis Januar – Juni 2021, S. 8; BBl 1996 III 1127; Kommentar VSB 20, S. 66.

¹⁸² VSB Praxis 2011 – 2016, S. 21; TPF 2007, 27, E. 2.5.5.

¹⁸³ VSB Praxis 2011 – 2016, S. 27; Practical Standards, N 207; vgl. jedoch VSB Praxis Juli – Dezember 2021, S. 4, in welcher eine besondere Konstellation trotz Durchlauftransaktionen keine Wiederholungspflicht im Sinne der VSB auslöste.

¹⁸⁴ VSB Praxis 2001 – 2005, S. 47.

¹⁸⁵ Kommentar VSB 20, S. 67.

¹⁸⁶ HEIM/WETTSTEIN, Art. 46 Abs. 1 lit. c VSB 20 N 4; Practical Standards, N 207.

¹⁸⁷ HEIM/WETTSTEIN, Art. 46 Abs. 1 lit. c VSB 20 N 5.

¹⁸⁸ Kommentar VSB 20, S. 66.

¹⁸⁹ Kommentar VSB 20, S. 66.

Erklärungen bezüglich AIA¹⁹⁰ bzw. FATCA¹⁹¹ herrühren. Weichen beispielsweise die Angaben auf dem Formular zwecks Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung von Angaben zu den beherrschenden Personen im Sinne des AIA bzw. FATCA ab, so können Indizien für Zweifel gegeben sein.¹⁹² Darüber hinaus können auch bei der Bank deponierte Namenaktien, die auf einen anderen Namen als den bei der Bank als wirtschaftlich berechtigte Person deklarierten lauten, ein Anhaltspunkt für Zweifel darstellen.¹⁹³

2.10.2. Wiederholung der Sorgfaltspflichten bei Zweifeln

Nicht schon bei jeglichem Indiz entstehen Zweifel. Ein Indiz kann jedoch ein erhöhtes Informationsbedürfnis i.S.v. Art. 6 GwG begründen.¹⁹⁴ Kann anhand der eingeholten Informationen ein befriedigendes Ergebnis erreicht werden, so muss kein Zweifel gemäss Art. 5 GwG daraus resultieren. In diesem Fall ist auch keine erneute Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten erforderlich.¹⁹⁵ Art. 46 Abs. 1 VSB 20 sieht gleichermassen vor, dass nur wenn die «Zweifel nicht durch entsprechende Abklärungen ausgeräumt werden konnten», die Feststellung des Kontrollinhabers oder der wirtschaftlich berechtigten Person wiederholt werden muss.¹⁹⁶ Ausserdem ist auch bei Gewissheit darüber, dass die Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung nicht bzw. nicht mehr zutreffen, eine Wiederholung der Sorgfaltspflicht angezeigt.¹⁹⁷ Bei einem Adresswechsel des wirtschaftlich Berechtigten muss ebenfalls eine neue schriftliche Erklärung eingeholt werden.¹⁹⁸

Das Verfahren zur Wiederholung der Sorgfaltspflichten richtet sich im Grundsatz nach den bei der Aufnahme der Geschäftsbeziehung geltenden Vorschriften. Zur erneuten Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bzw. des Kontrollinhabers ist in der Regel eine neue schriftliche Erklärung einzuverlangen. Hat zwischenzeitlich jedoch eine Revision der massgeblichen rechtlichen Grundlagen stattgefunden, so orientiert sich die Wiederholung der Sorgfaltspflichten nach den in Kraft stehenden Regelungen.¹⁹⁹

¹⁹⁰ Der internationale automatische Informationsaustausch in Steuersachen sieht vor, wie Daten über Konten und Wertschriftendepots von Steuerpflichtigen zwischen den Steuerbehörden der teilnehmenden Länder ausgetauscht werden dürfen.

¹⁹¹ Beim Foreign Account Tax Compliance Act handelt es sich um ein Steuergesetz der USA, das sich an Finanzinstitute weltweit richtet. Dabei verlangt es, dass diese den Steuerbehörden der USA jährlich Informationen zu allen Konten von US-Steuerpflichtigen weitergeben.

¹⁹² BSK-MEYER/RYHNER, Art. 4 GwG N 67 f.

¹⁹³ Practical Standards, N 216.

¹⁹⁴ OFK-WYSS, Art. 5 GwG N 4; SHK-BRUNNHOFER/LEIMGRUBER, Art. 5 GwG N 3.

¹⁹⁵ Kommentar VSB 20, S. 67; OFK-WYSS, Art. 5 GwG N 4.

¹⁹⁶ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 15; HEIM/WETTSTEIN, Art. 46 Abs. 1 VSB 20 N 19.

¹⁹⁷ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 7.

¹⁹⁸ VSB Praxis 2005 – 2010, S. 45 f.; Practical Standards, N 223; krit. BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 19.

¹⁹⁹ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 17.

Im Gesetz findet sich keine Frist bezüglich der Wiederholung der Sorgfaltspflicht.²⁰⁰ Die Aufsichtskommission der VSB hielt in ihrer Praxis fest, dass für die Wiederholung analog der Eröffnung eine Frist von 90 Tagen gelten soll.²⁰¹ Ob diese Praxis weiterhin zur Anwendung gelangt, ist vor dem Hintergrund der Fristverkürzung in Art. 45 Abs. 4 VSB 20 fraglich.²⁰² HEIM/WETTSTEIN zeigen sich eher ablehnend und argumentieren, dass sich Art. 45 VSB 20 klar auf die Kontoeröffnung beziehe.²⁰³ MEYER/RYHNER hingegen bringen vor, dass eine Frist von 90 Tagen generell eher zu lang sei. Die Wiederholung müsse so rasch als im konkreten Fall möglich vorgenommen werden.²⁰⁴ Meines Erachtens ist letzterer Argumentation zuzustimmen. Die Wiederholungspflicht hat zum Ziel, dass die wirtschaftliche Berechtigung dauerhaft korrekt dokumentiert ist. Vor diesem Hintergrund und im Lichte der von der FATF bereits erfolgten Kritik hinsichtlich Art. 45 VSB 20 erscheint es durchaus sinnvoll, die Wiederholung schnellstmöglich vorzunehmen.

Eine Geschäftsbeziehung darf nicht weitergeführt werden, solange Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung vorliegen. Eine bestehende Geschäftsbeziehung muss gemäss Art. 46 Abs. 2 VSB 20 «so rasch als möglich» abgebrochen werden. Dies bedeutet, dass der Abbruch so schnell wie möglich, jedoch ohne Vertragsverletzung zu erfolgen hat.²⁰⁵ Eine Verpflichtung, so lange Abklärungen zu tätigen, bis ein befriedigendes Resultat vorliegt, besteht weder im Rahmen der Eröffnung noch im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung. Vielmehr hat die Bank das Recht, auf weitere Abklärungen zu verzichten und die Geschäftsbeziehung abubrechen bzw. die Eröffnung abzulehnen. Dies stets unter der Bedingung, dass nicht die Voraussetzungen der Meldepflicht gemäss Art. 9 ff. GwG gegeben sind.²⁰⁶ Beim Abbruch sind sämtliche Geschäftsbeziehungen zum Kunden abubrechen, das heisst nicht nur diejenige Geschäftsbeziehung, bei welcher Zweifel vorliegen.²⁰⁷ Darüber hinaus ist auch allein mit der Kenntnisnahme des Wechsels der wirtschaftlichen Berechtigung an einem Konto die Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 5 GwG nicht erfüllt, sondern der Hintergrund der Änderung muss erfragt werden.²⁰⁸

Bei der Feststellung des Kontrollinhabers ist von Relevanz, ob die Geschäftsbeziehung vor oder nach dem 1. Januar 2016 eröffnet wurde, da der Kontrollinhaber erst seit diesem

²⁰⁰ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 21.

²⁰¹ VSB Praxis Januar – Juni 2019, S. 6; VSB Praxis 2011 – 2016, S. 28.

²⁰² BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 21.

²⁰³ HEIM/WETTSTEIN, Art. 46 Abs. 1 VSB 20 N 13.

²⁰⁴ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 21.

²⁰⁵ Kommentar VSB 20, S. 67.

²⁰⁶ Art. 46 Abs. 3 VSB 20; VSB Praxis Januar – Juni 2018, S. 2.

²⁰⁷ VSB Praxis 2001 – 2005, S. 51.

²⁰⁸ VSB Praxis Januar – Juni 2019, S. 7 f.

Datum festgestellt werden muss. Wurde die Geschäftsbeziehung zuvor eröffnet, so wurde kein Kontrollinhaber festgestellt und es können auch keine dahingehenden Zweifel entstehen.²⁰⁹ Es kann jedoch vorkommen, dass der Finanzintermediär freiwillig ein Formular K oder eine ähnliche Erklärung bei der Vertragspartei eingefordert hat. In diesem Fall besteht ebenfalls keine Wiederholungspflicht, da der Finanzintermediär andernfalls schlechter gestellt würde, als wenn er gänzlich untätig geblieben wäre.²¹⁰ Aus dem neu eingeholten Formular können sich allerdings Zweifel ergeben, die wiederum mittels Abklärungen ausgeräumt werden müssten.²¹¹

2.11. Zwischenfazit

Bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person handelt es sich um eine Daueraufgabe. Entstehen im Laufe der Geschäftsbeziehung Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung, so ist die Feststellung zu wiederholen. Eine gesetzliche Definition von Zweifeln besteht nicht, weshalb der Finanzintermediär risikobasiert festzulegen hat, wann Indizien für Zweifel vorliegen. Die in der Lehre und Rechtsprechung genannten Indizien lassen sich in drei Gruppen gliedern: Indizien im Zusammenhang mit den involvierten Vermögenswerten, Indizien im Zusammenhang mit den involvierten Personen sowie Indizien im Zusammenhang mit Erklärungen bzw. Handlungen der Vertragspartei. Es ist jedoch nicht schon bei jeglichem Indiz ein Zweifel gegeben. Können die Indizien mittels Abklärungen ausgeräumt werden, so muss kein Zweifel daraus resultieren und eine Wiederholung der Sorgfaltspflicht ist nicht zwingend notwendig. Die bei der Wiederholung anzuwendende Sorgfalt richtet sich nach dem Sorgfaltsmassstab von Art. 4 GwG. Können die Zweifel nicht ausgeräumt werden, so ist die Geschäftsbeziehung unter Berücksichtigung von Art. 9 ff. GwG zu beenden.

2.12. Mögliche Folgen der unsorgfältigen Feststellung

Das GwG an sich sieht keine Strafen bei der Verletzung der Sorgfaltspflichten vor, sondern es obliegt den Selbstregulierungsorganisationen «angemessene Sanktionen» festzulegen.²¹² Die GwV-FINMA verweist bezüglich der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten auf die VSB²¹³ und sieht ebenfalls keine Strafandrohungen vor. Die FINMA kann allerdings bei Bedarf aufsichtsrechtliche Sanktionen verhängen, wie beispielsweise

²⁰⁹ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 20; HEIM/WETTSTEIN, Art. 20 Abs. 1 VSB 20 N 29.

²¹⁰ BSK-MEYER/RYHNER, Art. 5 GwG N 20.

²¹¹ VSB Praxis Juli – Dezember 2021, S. 4.

²¹² Art. 25 Abs. 3 lit. c GwG; ABEGG et al., S. 457.

²¹³ Art. 35 GwV-FINMA.

Untersuchungen, Berufsverbote oder den Entzug der Bewilligung.²¹⁴ Aufgrund des Verweises in der GwV-FINMA auf die VSB erhalten die darin festgelegten Pflichten eine Art hoheitlichen Charakter. Diejenigen Banken, die die VSB unterzeichnet haben, unterliegen ausserdem dem Konventionalstrafensystem und der Schiedsgerichtsbarkeit gemäss VSB.²¹⁵

Bei Verletzungen der VSB ist die Aufsichtscommission zuständig, welche das Sanktionsverfahren führt.²¹⁶ Liegt tatsächlich eine Verletzung der Standesregeln vor, so legt sie die Konventionalstrafe i.S.v. Art. 64 VSB 20 unter Berücksichtigung der Schwere der Verletzung, des Grads des Verschuldens, der Vermögenslage der betroffenen Bank sowie der von anderen Instanzen in der gleichen Sache verhängten Massnahmen fest. Die Konventionalstrafe kann in einer Höhe von bis zu CHF 10 Mio. festgelegt werden.²¹⁷ Handelt ein Mitarbeitender einer Bank unsorgfältig bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, so hat sie sich dies anrechnen zu lassen.²¹⁸ Die Konventionalstrafe richtet sich an die Bank selbst.²¹⁹ Handelt es sich hingegen um einen Bagatellfall gemäss Art. 63 VSB 20, so erfolgt das Verfahren ohne Sanktion.

Eine Strafbarkeit der Bank nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ist nur denkbar, wenn das Delikt aufgrund mangelhafter Organisation des Unternehmens i.S.v. Art. 102 Abs. 1 StGB keinem Mitarbeitenden zugerechnet werden kann.²²⁰ Wird die wirtschaftliche Berechtigung systematisch nicht mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt festgestellt, so können ferner die aufsichtsrechtlichen Gewährspflichten gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verletzt sein.²²¹ Darüber hinaus ist auch ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR denkbar.²²² Mangels vertraglicher Beziehung zwischen dem Finanzintermediär und dem wirtschaftlich Berechtigten können jedoch keine zivilrechtlichen Ansprüche entstehen.²²³

²¹⁴ Art. 9 Abs. 2 GwV-FINMA; ABEGG et al., S. 458; BEURET, N 467.

²¹⁵ ABEGG et al., S. 458.

²¹⁶ Art. 61 Abs. 1 VSB 20; ABEGG et al., S. 459; HEIM/WETTSTEIN, Art. 1 Abs. 2 VSB 20 N 5.

²¹⁷ Art. 64 Abs. 1 VSB 20.

²¹⁸ VSB Praxis 2011 – 2016, S. 10; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 50.

²¹⁹ HEIM/WETTSTEIN, Art. 64 Abs. 1 VSB 20 N 3.

²²⁰ ABEGG et al., S. 456; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 51; vgl. BGE 136 IV 127, E. 3.1.1 und BGE 134 IV 307, E. 2.4 zur Strafbarkeit bei fehlender Wiederholung der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person trotz Zweifel.

²²¹ Art. 9 Abs. 1 GwV-FINMA; BGE 106 Ib 145, E. 2c; HEIM/WETTSTEIN, Präambel lit. c N 16; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 51.

²²² SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 51.

²²³ DE CAPITANI, Art. 4 GwG N 16.

3. Die Revision des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019

Der Bundesrat hat im Oktober 2016 die Sicherstellung internationaler Konformität im Geldwäschereibereich als eine der fünf Stossrichtungen der Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz definiert.²²⁴ Im Juni 2019 wurde sodann der Gesetzesentwurf zur Revision des GwG²²⁵ als auch die dazugehörige Botschaft²²⁶ veröffentlicht. Damit sollen einige der wichtigsten Empfehlungen aus dem vierten Länderbericht der FATF zur Schweiz umgesetzt werden.²²⁷ Zudem hat die Vorlage zum Ziel, die Rechtssicherheit zu erhöhen und den Finanzplatz Schweiz zu stärken. Ausserdem soll die Schweiz dadurch mit den massgeblichen internationalen Standards im Geldwäschereibereich konform sein. Die Empfehlungen der FATF wurden durch das Eidgenössische Finanzdepartement im Rahmen der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung analysiert und es wurde eine Vernehmlassungsvorlage erarbeitet. Zu den in der Vorlage festgehaltenen acht Hauptmassnahmen zählt unter anderem die Einführung einer gesetzlichen Grundlage zur Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person.²²⁸ Am 19. März 2021 hat das Parlament die Revision des Geldwäschereigesetzes verabschiedet.²²⁹ Der revidierte Erlass inklusive der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen soll voraussichtlich auf den 1. Oktober 2022 in Kraft treten.²³⁰

3.1. Der vierte Länderbericht der FATF

Die Schweiz partizipiert seit der Gründung der FATF 1989 in deren Gremium. Die Einhaltung der FATF-Empfehlungen in den Mitgliedstaaten wird im Rahmen von gegenseitigen Länderprüfungen (sog. «Peer Reviews») kontrolliert. Im Jahr 2016 wurde die Schweiz im vierten Prüfzyklus der FATF einer solchen Länderprüfung unterzogen. Es wurde eruiert, ob die nationale Gesetzgebung der Schweiz den Empfehlungen der FATF entspricht. Grundsätzlich erhielt die Schweiz ein gutes Zeugnis, obschon auch einige Schwachstellen festgestellt werden konnten.²³¹ 31 der 40 FATF-Empfehlungen wurden

²²⁴ Bericht Finanzmarktpolitik, S. 24 ff.

²²⁵ BBl 2019 5555 ff.

²²⁶ BBl 2019 5451 ff.

²²⁷ BBl 2019 5452.

²²⁸ BBl 2019 5457 f.

²²⁹ BBl 2021 668 ff.

²³⁰ SIF, Geldwäschereigesetz (GwG), <www.sif.admin.ch/sif/de/home/finanzmarktpolitik/finanzmarktregulierung-und-aufsicht-/regulierungsprojekte/aenderung-geldwaeschereigesetzes-gwg.html>, besucht am: 01.05.2022.

²³¹ BBl 2019 5457.

als «konform» bzw. «weitgehend konform» eingestuft. Insbesondere bei den Sorgfaltspflichten hat die FATF jedoch Schwachstellen erkannt.²³²

3.1.1. Die FATF-Empfehlung 10

Die FATF-Empfehlung 10 sieht im Rahmen der «Customer Due Diligence» vor, dass der wirtschaftlich Berechtigte einerseits festgestellt werden muss und andererseits angemessene Massnahmen ergriffen werden müssen, um dessen Identität zu verifizieren. Bei juristischen Personen muss zudem die «ownership and control structure» erfasst werden. Dabei wird ein risikobasierter Ansatz angewendet.²³³ Im «General Glossary» der FATF-Empfehlungen findet sich zudem eine Definition des «Beneficial Owner». Es gilt als wirtschaftlich berechtigte Person diejenige natürliche Person, die letztendlich einen Kunden und/oder die Person kontrolliert oder besitzt, für welche(n) eine Transaktion ausgeführt wird. Der Begriff umfasst dabei insbesondere auch diejenigen Personen, die die letztendliche tatsächliche Kontrolle über eine juristische Person ausüben.²³⁴ Kontrolle liegt vor, wenn die Möglichkeit zum Treffen und Umsetzen von relevanten Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft besteht. Personen, die vom Gesellschaftskapital profitieren, auf dieses zugreifen oder im Namen der Gesellschaft Transaktionen ausführen können, sollen bei der wirtschaftlichen Berechtigung erfasst werden.²³⁵ Bei der Verifizierung soll eine Vergewisserung stattfinden, dass die festgestellte Person tatsächlich die wirtschaftlich berechtigte Person ist. Die Verifizierung kann dabei anhand aussagekräftiger Informationen oder Daten aus vertrauenswürdigen Quellen erfolgen.²³⁶

Die FATF monierte, dass in der Schweiz keine allgemeine Verpflichtung der Finanzintermediäre besteht, angemessene Massnahmen zur Verifizierung der im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung erhaltenen Angaben zu ergreifen. Angemessene Massnahmen sind geeignete Massnahmen, die in einem angemessenen Verhältnis zu den Geldwäscherei- bzw. Terrorismusfinanzierungsrisiken des Vertragspartners stehen. Die Schweizer Behörden entgegneten dieser Beanstandung mit dem Hinweis, dass Art. 251 StGB (Urkundenfälschung) und Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften) zusammen mit den besonderen Sorgfaltspflichten in Art. 6 GwG und Art. 13 ff. GwV-FINMA bereits eine angemessene Massnahme und ein Mittel zur zuverlässigen Überprüfung darstellen. Die FATF anerkannte zwar, dass vorgenannte

²³² FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 11.

²³³ FATF Recommendations 2012, S. 14 f.

²³⁴ FATF Recommendations 2012, S. 118.

²³⁵ FATF Guidance on Transparency and Beneficial Ownership, S. 8.

²³⁶ FATF Recommendations 2012, S. 64 f.

Bestimmungen eine Pflicht zur Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person beinhalten können. Sie kritisierte jedoch, dass neben der formellen Feststellungspflicht keine explizite gesetzliche Grundlage und deshalb keine Pflicht zur systematischen materiellen Verifizierung besteht. Ausserdem führte die FATF auch im Zusammenhang mit juristischen Personen aus, dass keine systematische Verpflichtung zur Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person besteht. Dies wirkt einschränkend bezüglich der Abklärungen der Eigentums- und Kontrollverhältnisse.²³⁷ Die FATF hielt zusammenfassend fest: «There is no general and systematic obligation to take reasonable measures to verify the identity of the beneficial owners of customers.»²³⁸

Die Umsetzung der FATF-Empfehlung 10 wurde im Länderexamen der Schweiz lediglich mit «teilweise konform» bewertet.²³⁹ Darüber hinaus hatte die teilweise Konformität der FATF-Empfehlung 10 Auswirkungen auf andere Empfehlungen. Die Auswirkungen zeigten sich insbesondere hinsichtlich der Transparenz von juristischen Personen und anderen Rechtskonstruktionen bei den FATF-Empfehlungen 24 und 25.²⁴⁰

3.1.2. «Enhanced Follow-up»-Prozess

Aufgrund des Länderberichts befindet sich die Schweiz im sogenannten «Enhanced Follow-up»-Prozess.²⁴¹ Der «Follow-up»-Prozess hat prinzipiell zum Ziel, die Umsetzung der FATF-Standards im betroffenen Land zu fördern und eine im Anschluss an eine Länderprüfung folgende Überwachung zu gewährleisten. Dabei soll durch den Prozess Druck auf das entsprechende Land ausgeübt sowie eine Rechenschaftspflicht statuiert werden.²⁴² Nach einer Länderprüfung kann ein Land in den «Regular Follow-up»-Prozess oder den «Enhanced Follow-up»-Prozess überführt werden. Letzterer wird bei erheblichen Mängeln in Bezug auf die technische Einhaltung oder die Wirksamkeit der Massnahmen in der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung eingesetzt. Er ist intensiver als der reguläre «Follow-up»-Prozess. Bei beiden Prozessen erfolgt nach fünf Jahren eine Folgebewertung. Dabei handelt es sich um einen gezielten, aber umfassenden Bericht über die Fortschritte der Länder. Der Fokus liegt demnach auf den im Länderbericht identifizierten Schwachstellen. Grundsätzlich wird erwartet, dass die meisten, wenn nicht gar alle Schwachstellen im Zusammenhang mit der technischen

²³⁷ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 178 f.

²³⁸ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 237.

²³⁹ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 183.

²⁴⁰ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 202 und 239.

²⁴¹ Enhanced Follow-up Report Switzerland 2020, S. 1.

²⁴² FATF Procedures Fourth Round, S. 21; FATF Universal Procedures, S. 13.

Konformität bis zum Ende des dritten Jahres und die Schwachstellen der Wirksamkeit der Massnahmen bis zum erneuten Assessment behoben wurden.

Die FATF kann grundsätzlich nach eigenem Ermessen beschliessen, dass ein Land in den «Enhanced Follow-up»-Prozess aufgenommen wird. Es wird jedoch einerseits unmittelbar in den vorgenannten Prozess überführt, wenn im Zusammenhang mit der technischen Konformität acht oder mehr der Kriterien als nicht konform oder teilweise konform eingestuft wurden. Andererseits erfolgt eine solche Einstufung, wenn eine oder mehrere der Empfehlungen 3, 5, 10, 11 oder 20 mit nicht konform oder teilweise konform beurteilt wurden.²⁴³ Beide vorgenannten Kriterien sind im Falle des Länderexamens der Schweiz 2016 erfüllt.²⁴⁴

Im Januar 2020 wurden die Fortschritte der Schweiz bezüglich der im Länderbericht festgestellten Schwachstellen durch die FATF im «Follow-up Assessment» analysiert. Dabei begrüsst die FATF grundsätzlich, dass die Schweiz zwischenzeitlich Massnahmen zur Sicherstellung der technischen Konformität ergriffen hat. So insbesondere im Zusammenhang mit der Verifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person im Sinne der FATF-Empfehlung 10, welche mit der Revision des GwG umgesetzt werden soll. Da die Massnahmen im Zeitpunkt des «Enhanced Follow-up» Reports weder verabschiedet noch in Kraft waren, konnte der Schweiz diesbezüglich allerdings (noch) keine Verbesserung der Konformität zugesprochen werden.²⁴⁵

3.2. Die Teilrevision der GwV-FINMA vom 4. September 2017

Bereits bei der Teilrevision der GwV-FINMA vom 4. September 2017 hätte der Kritik des FATF-Länderberichts Schweiz aus dem Jahr 2016 Rechnung getragen und dabei die FATF-Empfehlung 10 als auch die dazugehörige Interpretativnote umgesetzt werden sollen.²⁴⁶ Viele der Teilnehmenden argumentierten jedoch im Rahmen der Anhörung der Revision der GwV-FINMA, dass es an einer gesetzlichen Grundlage und folglich der Kompetenz der FINMA bzw. der Selbstregulierung fehlt, um die Verifizierung eigenständig zu regeln.²⁴⁷ Infolgedessen wurde die Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten

²⁴³ FATF Procedures Fourth Round, S. 21 ff.

²⁴⁴ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 11.

²⁴⁵ Enhanced Follow-up Report Switzerland 2020, S. 3 f.

²⁴⁶ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 15 f.

²⁴⁷ PostFinance AG/Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes/Swiss Payment Association, Stellungnahmen, <www.finma.ch/de/news/2018/07/20180718-mm-gwv-finma/>, besucht am: 01.05.2022.

aus der Revisionsvorlage gestrichen und sodann im Rahmen der Revision des GwG wieder aufgenommen.²⁴⁸

3.3. Die Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person im Besonderen

Bei der Revision von Art. 4 Abs. 1 GwG wurden für den Gesetzes- und Botschaftstext die FINMA-Anhörungsanschlage der Teilrevision der GwV-FINMA 2017 ibernommen. Aufgrund dessen ist die Botschaft des Bundesrates zur nderung des Geldwäschereigesetzes bereits sehr praxisorientiert und detailliert bezuglich der Pflicht zur iberprufung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person formuliert.²⁴⁹

Art. 4 Abs. 1 GwG wurde dahingehend angepasst, dass der Finanzintermediär neu ausdrücklich «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die wirtschaftlich berechtigte Person feststellen *und deren Identität iberprufen*» muss, «*um sich zu vergewissern, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist.*» Der Wortlaut orientiert sich an der Empfehlung 10 der FATF.²⁵⁰ Eine Ausweitung der Sorgfaltspflicht ist damit jedoch nicht angedacht, sondern es soll vielmehr eine gesetzliche Grundlage für eine bereits bestehende Praxis geschaffen und eine explizite Pflicht auf Gesetzesstufe eingeführt werden.²⁵¹

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde bereits vor längerer Zeit im Zusammenhang mit Art. 305^{ter} StGB präzisiert, dass die Feststellungspflicht eine materielle Verifizierung bedingt. Gemäss Bundesgericht liegt keine Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten und folglich eine Sorgfaltspflichtverletzung dann vor, wenn trotz Ungereimtheiten bezuglich der vom Kunden gelieferten Erklärungen zur wirtschaftlichen Berechtigung keine weiteren Abklärungen vorgenommen werden.²⁵² Finanzintermediäre haben die erhaltenen Angaben kritisch zu hinterfragen. Mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt sollen sie Massnahmen ergreifen, um die Plausibilität der erhaltenen Angaben zu prufen. Auch zukunftig soll dabei ein risikobasierter Ansatz verfolgt werden. Dies entspricht zudem der Auffassung der FINMA.²⁵³ Der Finanzintermediär kann sich zwecks Plausibilisierung auf verschiedene Quellen, wie beispielsweise die iber den Kunden erlangten Kenntnisse, offene Informationen oder wo möglich und notwendig auf Informationen von externen Stellen stutzen.²⁵⁴ Einzig mit dem Einholen einer Ausweiskopie

²⁴⁸ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2022, S. 9.

²⁴⁹ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2022, S. 9.

²⁵⁰ BBl 2019 5507.

²⁵¹ Erläuternder Bericht GwG 2018, S. 34.

²⁵² BGE 125 IV 139, E. 4.

²⁵³ BBl 2019 5507; Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 16; krit. STRASSER, S. 526.

²⁵⁴ Erläuternder Bericht GwG 2018, S. 34.

der wirtschaftlich berechtigten Person findet demgegenüber keine Überprüfung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten statt.²⁵⁵

Durch die formelle gesetzliche Grundlage in Art. 4 Abs. 1 revGwG soll Rechtssicherheit geschaffen werden.²⁵⁶ Da die gesetzliche Regelung klar formuliert und zudem bereits ausführliche Erläuterungen in der Botschaft zum GwG vorhanden sind, wird in der GwV-FINMA auf weitere Ausführungsbestimmungen im Zusammenhang mit der Pflicht zur Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person verzichtet.²⁵⁷

3.4. Zwischenfazit

Die Revision des Geldwäschereigesetzes hat ihren Hintergrund im vierten Länderbericht der FATF und beinhaltet unter anderem die Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Überprüfung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten. Die Revisionsvorlage wurde im März 2021 verabschiedet und tritt voraussichtlich Anfang Oktober 2022 in Kraft.

Die Schweiz erhielt bei der Länderprüfung der FATF 2016 grundsätzlich ein gutes Zeugnis, obwohl auch einige Schwachstellen namentlich bei den Sorgfaltspflichten erkannt wurden. Die FATF sieht in der Empfehlung 10 vor, dass der wirtschaftlich Berechtigte einerseits festgestellt und andererseits angemessene Massnahmen ergriffen werden müssen, um dessen Identität zu verifizieren. In der Länderprüfung der Schweiz anerkannte sie zwar, dass Art. 251 StGB, Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB und die besonderen Sorgfaltspflichten im GwG und der GwV-FINMA eine Überprüfungspflicht beinhalten können. Sie monierte allerdings, dass keine Pflicht zur systematischen Überprüfung besteht. Aufgrund dessen und vor dem Hintergrund weiterer Beanstandungen befindet sich die Schweiz aktuell im «Enhanced Follow-up»-Prozess der FATF.

Die Überprüfungspflicht bei der wirtschaftlichen Berechtigung sollte bereits bei der Teilrevision der GwV-FINMA 2017 eingeführt werden. Mangels gesetzlicher Grundlage und somit der fehlenden Kompetenz der FINMA wurde die Überprüfungspflicht aus der Revisionsvorlage gestrichen und nun im Rahmen der Revision des GwG wieder aufgenommen. Im Gesetz wird neu ausdrücklich festgehalten, dass die wirtschaftlich berechtigte Person mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt festgestellt und deren Identität überprüft werden muss. Der Finanzintermediär muss sich demnach vergewissern, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist, darf dabei jedoch einen risikobasierten Ansatz

²⁵⁵ BBl 2019 5508.

²⁵⁶ Erläuternder Bericht GwG 2018, S. 34.

²⁵⁷ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2022, S. 10.

verfolgen. In der Botschaft wird ausgeführt, dass durch die gesetzliche Normierung eine explizite gesetzliche Grundlage für eine bereits implizit bestehende Pflicht geschaffen wird. Ob dem tatsächlich so ist, soll im nachfolgenden Kapitel untersucht werden.

4. Die Feststellung und Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person nach zukünftigem Recht

Die Revisionsvorlage bezieht sich insbesondere auf die Pflicht zur Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person. Es sind demzufolge keine Änderungen im Zusammenhang mit der Feststellungspflicht vorgesehen.²⁵⁸ Sowohl der Bundesrat als auch einzelne Vernehmlassungsteilnehmende vertreten die Ansicht, dass die Überprüfungspflicht bereits geltendem Recht entspricht.²⁵⁹ In der Botschaft zur Revision des GwG wird demnach auch ausgeführt, eine explizite gesetzliche Grundlage für eine bereits implizit bestehende Pflicht zu schaffen.²⁶⁰ Angesichts dessen ist es von besonderem Interesse, ob mit der gesetzlichen Verankerung der Überprüfungspflicht tatsächlich lediglich eine Gesetzesgrundlage geschaffen wird, oder ob es sich allenfalls doch um eine neue Sorgfaltspflicht in der Bekämpfung der Geldwäscherei handelt.²⁶¹ Das vorliegende Kapitel beleuchtet die Überprüfungspflicht nach zukünftigem Recht und befasst sich dabei insbesondere mit der vorstehend aufgeworfenen Frage.

4.1. Der Zeitpunkt der Überprüfungspflicht

Gemäss Art. 4 Abs. 1 revGwG muss die wirtschaftlich berechtigte Person bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung festgestellt werden. Die Überprüfungspflicht bezieht sich ebenfalls auf diesen Zeitpunkt.²⁶² Zudem definiert Art. 5 GwG die Pflicht, im Laufe der Geschäftsbeziehung die wirtschaftlich berechtigte Person erneut festzustellen. Diese Wiederholungspflicht wird in Art. 46 VSB 20 konkretisiert. Folglich handelt es sich bei der Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person um eine Daueraufgabe.²⁶³

4.2. Art und Umfang der Überprüfungspflicht

Der Revisionsentwurf aus dem Jahr 2017 sah in Art. 9a E-GwV-FINMA die Pflicht der Finanzintermediäre zur Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung vor. Dabei hätten zur Überprüfung risikobasierte Massnahmen angewandt werden sollen. Damit hätte man sicherstellen können, dass die Angaben zur wirtschaftlich berechtigten Person auch tatsächlich der wirtschaftlich berechtigten Person entsprechen.²⁶⁴ Die FINMA sah in der

²⁵⁸ BBl 2019 5474 f.

²⁵⁹ BBl 2019 5508; [economiesuisse/SBVg, Vernehmlassung 2018/38, Stellungnahmen 2, <www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2018>](https://www.economiesuisse.ch/vernehmlassung/2018/38), besucht am: 01.05.2022; a.M. [alliancefinance, Vernehmlassung 2018/38, Stellungnahmen 3, <www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2018>](https://www.alliancefinance.ch/vernehmlassung/2018/38), besucht am: 01.05.2022.

²⁶⁰ BBl 2019 5508.

²⁶¹ STRASSER, S. 526.

²⁶² Art. 45 Abs. 1 VSB 20; BGE 125 IV 139, E. 4; DE CAPITANI, Art. 4 GwG N 4; SHK-LIEBI/CONOD, Art. 4 GwG N 14.

²⁶³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.10.

²⁶⁴ Anhörungsbericht GwV-FINMA 2018, S. 14.

Überprüfung der wirtschaftlichen Berechtigung folglich eine materielle Überprüfung.²⁶⁵ Diese Auffassung wurde jedoch unter anderem durch die SBVg bestritten. Sie argumentierte, dass in der FATF-Empfehlung 10 Abs. 4 lit. b sowie der dazugehörigen Interpretativnote von «Identifying the beneficial owner» und von «verify the identity of the beneficial owner» gesprochen werde. Zudem sei von «identify the beneficial owners of the customer and take reasonable measures to verify the identity of such persons, [...]» die Rede.²⁶⁶ Gemäss dem Wortlaut im Länderbericht der FATF als auch der Botschaft zur Revision des GwG ist der Einwand der SBVg nicht von Relevanz. Ziel der Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person ist es, Gewissheit über die wirtschaftlich berechtigte Person zu erlangen. Dies ist nur möglich, indem die Beziehung zwischen der Person und der operativ tätigen juristischen Person, bzw. die Beziehung zwischen der Person und den fraglichen Vermögenswerten überprüft wird. Dabei ist insbesondere eine Abklärung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen. Eine blossige Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person ist hingegen nicht ausreichend.²⁶⁷

Im Weiteren hält die Botschaft zum GwG fest, dass sowohl die Feststellung als auch die Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt, sowie auf Grundlage eines risikobasierten Ansatzes zu erfolgen hat. Der risikobasierte Ansatz kann ausserdem für die Art der Überprüfung angewendet werden.²⁶⁸ In Art. 4 Abs. 1 revGwG findet sich im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1^{bis} revGwG keine ausdrückliche Nennung des risikobasierten Ansatzes. Es scheint unklar, weshalb der risikobasierte Ansatz im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1 revGwG einzig in der Botschaft zu finden ist, nicht jedoch im revidierten Artikel selbst.²⁶⁹ Bei der Revisionsvorlage zur GwV-FINMA 2017 haben zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmende gefordert, auch bei der Verifizierungspflicht den risikobasierten Ansatz ausdrücklich ins Gesetz aufzunehmen.²⁷⁰ Gleichermassen wurde die explizite Nennung des risikobasierten Ansatzes auch in der Vernehmlassung zum GwG

²⁶⁵ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 15 ff.

²⁶⁶ SBVg, Stellungnahme der SBVg: Teilrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) vom 23. Oktober 2017, <www.swissbanking.ch/de/downloads?tag=3d31296c-74c0-418e-aba8-4f8746c814a6>, besucht am: 04.05.2022.

²⁶⁷ BBl 2019 5508; FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 178; STRASSER, S. 528.

²⁶⁸ BBl 2019 5507.

²⁶⁹ STRASSER, S. 528.

²⁷⁰ Anhörungsbericht GwV-FINMA 2018, S. 13 f.; [www.finma.ch/de/news/2018/07/20180718-mm-gwv-finma/>](http://economiesuisse/Raiffeisen Schweiz/SBVg/Swiss Payment Association, Stellungnahmen, <www.finma.ch/de/news/2018/07/20180718-mm-gwv-finma/>), besucht am: 04.05.2022.

vorgebracht.²⁷¹ Vor diesem Hintergrund könnte man allenfalls davon ausgehen, dass es sich beim revidierten Artikel im GwG um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt. Es ist fraglich, weshalb der Bundesrat den Hinweis mit dem risikobasierten Ansatz nur in der Botschaft erwähnt hat. Es scheint, als wollte er die Pflicht zur Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person auf die risikobehafteten Geschäftsbeziehungen i.S.v. Art. 6 GwG und Art. 13 ff. GwV-FINMA beschränken, was allerdings dem Vorschlag der FINMA widerspräche.²⁷² In der Botschaft wird mehrfach explizit darauf hingewiesen, dass der risikobasierte Ansatz zur Anwendung kommen kann, unter anderem «auch für die Art der Durchführung».²⁷³ Ausserdem entspricht das Vorgehen nach einem risikobasierten Ansatz den Grundsätzen der Finanzmarktpolitik des Bundesrates.²⁷⁴ Demnach scheint die Anwendung des risikobasierten Ansatzes bei der Überprüfungspflicht der Wille des Gesetzgebers zu sein. Dennoch kann nicht abschliessend beurteilt werden, weshalb nur Art. 7 Abs. 1^{bis} revGwG den risikobasierten Ansatz im Gesetz explizit erwähnt. Erst die Anwendung des revidierten Gesetzes durch die Behörden und Gerichte wird zeigen, ob dieser Differenzierung eine Bedeutung zugemessen wird.²⁷⁵

Als risikobasierte Massnahmen nennt die FINMA den Beizug von Dokumenten, Daten oder Informationen aus verlässlichen Quellen, die der Verifizierung dienen. Dabei erscheint beim Massengeschäft mit Individualkunden ein standardmässiger Abgleich mit den im Kundenprofil erhobenen Angaben als angemessen. Wenn keine gegenteiligen Hinweise bestehen, darf der Finanzintermediär von einem durchschnittlichen Schweizer Haushaltseinkommen und -vermögen ausgehen.²⁷⁶ STRASSER äussert sich diesbezüglich kritisch. Die Bemühungen der FINMA seien zwar gut gemeint, helfen in der Praxis jedoch nur begrenzt weiter.²⁷⁷ Bei juristischen Personen können unter anderem Einsichtnahmen ins Anteilsbuch, oder in öffentliche Transparenzregister beigezogen werden. Stammen alle Informationen zwecks Verifizierung vom Kunden selbst und es sind keine externen Belege vorhanden, so kann es auch bei Kunden mit normalen Risiken angezeigt sein, zusätzliche Verifizierungsmassnahmen einzuleiten. Die FINMA nennt in beispielhafter Aufzählung Internetrecherchen, die Einsichtnahme in Geschäftsberichte,

²⁷¹ Economiesuisse/ SBVg, Vernehmlassung 2018/38, Stellungnahmen 2, <www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2018>, besucht am: 04.05.2022; Raiffeisen Schweiz, Vernehmlassung 2018/38, Stellungnahmen 2, <www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2018>, besucht am: 04.05.2022; UBS, Vernehmlassung 2018/38, Stellungnahmen 4, <www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2018>, besucht am: 04.05.2022.

²⁷² Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 16; STRASSER, S. 528.

²⁷³ BBl 2019 5474, 5507 f. und 5546.

²⁷⁴ Bericht Finanzmarktpolitik, S. 32.

²⁷⁵ STRASSER, S. 528.

²⁷⁶ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 16.

²⁷⁷ STRASSER, S. 529.

Gesellschaftsverträge, Adressdatenbestände, Telefonbücher sowie Bestätigungen der Steuerberater oder Revisionsstellen des Kunden. Es ist allerdings stets eine Einzelfallbeurteilung unter Berücksichtigung des konkreten Risikos vorzunehmen.²⁷⁸ Bei der Überprüfung geht es im Allgemeinen nicht um eine Bestätigung der Angaben, sondern vielmehr um die Sicherstellung der Plausibilität der gemachten Angaben.²⁷⁹ Es wird sich bei der Anwendung der revidierten Bestimmung zeigen, welche Dokumente bzw. Standards sich in der Praxis zwecks Verifizierung etablieren werden.

Wie bereits in Kapitel 3.1.1. ausgeführt, beanstandete die FATF insbesondere, dass die Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten nicht in systematischer Weise erfolgt.²⁸⁰ Fraglich ist, ob damit die systematische Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten bei allen Geschäftsbeziehungen, oder eine systematische Überprüfung im Sinne einer abstrakten Prüfreihefolge bei risikobehafteten Kundenbeziehungen gemeint ist.²⁸¹ Die FINMA sah im Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA bereits vor, dass bei sämtlichen Geschäftsbeziehungen eine Verifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person zu erfolgen hat.²⁸² STRASSER übt diesbezüglich Kritik aus und argumentiert, dass bei einer Routineverifikation bei einem zu weit gefassten Kreis von Geschäftsbeziehungen die Gefahr bestehe, dass der risikobasierte Ansatz völlig verwässert wird. Daran ändere auch die Pflicht zur Dokumentation des Hinterfragens der wirtschaftlichen Berechtigung anhand des Kundenprofils nichts.²⁸³ Die FATF anerkannte, dass bereits heute teilweise Überprüfungsmaßnahmen erfolgen. So beispielsweise nach Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG i.V.m. Art. 16 GwV-FINMA bei Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken. Dennoch fehlt es gemäss dem Länderbericht der FATF an einer Pflicht zur systematischen Überprüfung.²⁸⁴ In Anbetracht der Revisionsvorlage der FINMA als auch der Kritik der FATF kann davon ausgegangen werden, dass der Finanzintermediär die Angaben zur wirtschaftlich berechtigten Person nicht nur bei Zweifeln an deren Richtigkeit überprüfen, sondern dies in jedem Fall tun muss.²⁸⁵ Folglich hat die Überprüfung in systematischer Weise bei allen Geschäftsbeziehungen zu erfolgen.

²⁷⁸ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 17.

²⁷⁹ BBI 2019 5508; KERN, S. 84.

²⁸⁰ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 237.

²⁸¹ STRASSER, S. 528.

²⁸² Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 16.

²⁸³ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 16; STRASSER, S. 529.

²⁸⁴ FATF Mutual Evaluation Report Switzerland 2016, S. 179.

²⁸⁵ KERN, S. 84.

4.3. Abgrenzung zur Aktualisierungspflicht gemäss Art. 7 Abs. 1^{bis} revGwG

Eine Abgrenzung der Überprüfungspflicht gemäss Art. 4 Abs. 1 revGwG ist insbesondere von der Aktualisierungspflicht nach Art. 7 Abs. 1^{bis} revGwG vorzunehmen.²⁸⁶ Bei der Aktualisierungspflicht hat der Finanzintermediär die erforderlichen Belege periodisch auf ihre Aktualität zu prüfen und bei Bedarf zu aktualisieren. Wie bei der Überprüfungspflicht findet auch bei der Aktualisierungspflicht bezüglich Periodizität, Umfang und Art ein risikobasierter Ansatz Anwendung. Demnach richtet sich die Überprüfung und eine allfällige Aktualisierung nach dem dargestellten Risiko der Vertragspartei. Die Aktualisierungspflicht hat ihren Ursprung in der Dokumentationspflicht gemäss Art. 7 GwG und ist demzufolge nicht einzig mit der Identifizierung der Kundin oder des Kunden und der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person erfüllt. Die Aktualisierung bzw. die Prüfung der Aktualität der Daten muss periodisch erfolgen und ist entgegen Art. 5 GwG nicht von besonderen Ereignissen bestimmt.²⁸⁷ Darüber hinaus handelt es sich bei der Überprüfungspflicht um eine materielle, bei der Aktualisierungspflicht um eine formelle Überprüfung.²⁸⁸

4.4. Zwischenfazit

In einem ersten Schritt kann festgehalten werden, dass die Überprüfungspflicht analog der Feststellungspflicht eine Daueraufgabe darstellt. Darüber hinaus handelt es sich um eine Pflicht im materiellen Sinne. Es wäre folglich nicht ausreichend, einzig die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person zu überprüfen. Im Zusammenhang mit den zu treffenden Massnahmen der Verifizierung gelangt ein risikobasierter Ansatz zur Anwendung, wenngleich die Überprüfung bei allen Geschäftsbeziehungen in systematischer Weise zu erfolgen hat. Die Praxis wird zeigen, welche risikobasierten Massnahmen zwecks Plausibilisierung des wirtschaftlich Berechtigten sich etablieren werden.

Bei der Abgrenzung der Überprüfung zur Aktualisierungspflicht hat sich gezeigt, dass die Aktualisierung periodisch zu erfolgen hat und es sich im Unterschied zur Überprüfungspflicht um eine formelle Verifizierung handelt. Im Vergleich zur Feststellungspflicht nach geltendem Recht stellt die Überprüfungspflicht nach zukünftigem Recht zwar keine gänzlich neue Sorgfaltspflicht dar, hat neuerdings jedoch systematisch bei allen

²⁸⁶ BBI 2019 5509; BSK-MEYER/Ryhner, Art. 5 GwG N 3.

²⁸⁷ BBI 2019 5509.

²⁸⁸ BBI 2019 5508.

Geschäftsbeziehungen zu erfolgen und nicht mehr lediglich bei der Feststellung von Ungereimtheiten.

5. Ein Blick über die Landesgrenzen hinaus: Die Überprüfungspflicht im Rechtsvergleich mit Deutschland

Die Entstehung des schweizerischen Geldwäschereigesetzes war neben dem Einfluss der FATF-Empfehlungen insbesondere durch die Geldwäscherichtlinie der EU geprägt.²⁸⁹ Heutzutage kommt es in der Schweiz in vielen Bereichen des Finanzmarktrechts zum autonomen Nachvollzug von EU-Recht. In der Geldwäschereibekämpfung orientiert sich der Schweizer Gesetzgeber allerdings weitestgehend an den internationalen Standards der FATF.²⁹⁰ Dennoch lohnt sich ein Exkurs in die Jurisdiktion eines Mitgliedstaats der EU, da auch deren Gesetzgebung massgeblich von der FATF geprägt ist.²⁹¹

5.1. Die Geldwäscherichtlinien der EU

Die FATF-Empfehlungen und deren Konzeption sind für die Rechtsetzung auf europäischer Ebene wegweisend.²⁹² So erwähnt die RL (EU) 2018/843 die Empfehlungen der FATF gar explizit.²⁹³ Zum Teil gehen die Regelungen der EU-Geldwäscherichtlinien weiter als die Empfehlungen der FATF. Dadurch soll den europäischen Besonderheiten wie beispielsweise der grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit innerhalb der EU Rechnung getragen werden.²⁹⁴ Eine Überprüfung der EU durch die FATF findet demgegenüber nicht statt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die EU im Geldwäschereibereich vor allem mit Richtlinien arbeitet. Diese müssen jeweils innert festgelegter Frist durch die EU-Staaten in nationales Recht umgesetzt werden.²⁹⁵ Bei den Vorschriften in den EU-Richtlinien handelt es sich grundsätzlich um Regelungen mit Mindestharmonisierungscharakter. Es steht den EU-Mitgliedstaaten folglich frei, in ihrer nationalen Gesetzgebung strengere Regeln einzuführen.²⁹⁶

Im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Berechtigung führte insbesondere die RL (EU) 2015/849 eine beachtliche Neuerung ein.²⁹⁷ Die EU-Mitgliedstaaten wurden angehalten, ein nicht der Öffentlichkeit zugängliches, zentrales Register über die Angaben der wirtschaftlichen Berechtigung, ein sogenanntes Transparenzregister einzuführen.²⁹⁸ Mit der RL (EU) 2018/843 erfolgten daraufhin weitere Änderungen bezüglich des

²⁸⁹ MÜLLER/STAUB, S. 22.

²⁹⁰ NOBEL, § 6 N 163; SCHRÖDER, S. 77.

²⁹¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 5.1.

²⁹² HERZOG/ACHTELIK, N 74; JUNG/BISCHOF, N 20 und 217; SCHRÖDER, S. 50 ff.

²⁹³ RL (EU) 2018/843, E. 4.

²⁹⁴ LANG/NOLL, S. 36; NAGEL, N 44.

²⁹⁵ NAGEL, N 44.

²⁹⁶ RL (EU) 2015/849, E. 4; NOBEL, § 6 N 151.

²⁹⁷ KRAIS, 4. EU-Geldwäscherichtlinie, S. 254 f.

²⁹⁸ RL (EU) 2015/849, E. 14.

Transparenzregisters. Dieses wurde für jedermann zugänglich und die Voraussetzung eines berechtigten Interesses an der Einsichtnahme entfiel.²⁹⁹ Mit Hilfe des Europäischen Transparenzregisters soll zudem eine Vernetzung innerhalb der EU stattfinden und es soll eine elektronische europäische Plattform geschaffen werden.³⁰⁰ Die EU-Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass angemessene, präzise und aktuelle Angaben über den wirtschaftlichen Eigentümer eingeholt sowie aufbewahrt werden.³⁰¹ Die RL (EU) 2018/843 änderte die RL (EU) 2015/849 punktuell ab und musste von den EU-Mitgliedstaaten bis am 10. Januar 2020 in nationales Recht umgesetzt werden. Für die Errichtung der Register und deren Vernetzung bestanden jedoch differenziertere Umsetzungsfristen.³⁰² Darüber hinaus gibt es zwischenzeitlich bereits die RL (EU) 2018/1673, welche sich vorwiegend mit der strafrechtlichen Harmonisierung und den strafprozessualen Voraussetzungen für die Verfolgung von Geldwäsche sowie einer Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit befasst.³⁰³

In der EU gilt als wirtschaftlicher Eigentümer diejenige natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle ein Kunde letztendlich steht, oder in deren Auftrag eine Transaktion ausgeführt wird.³⁰⁴ In Ergänzung zur Feststellung der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers müssen gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b RL (EU) 2018/843 angemessene Massnahmen zur Überprüfung der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers ergriffen werden. Die Verpflichteten müssen davon überzeugt sein zu wissen, wer der wirtschaftliche Eigentümer ist. Bei juristischen Personen zählt dazu insbesondere das Verstehen der Eigentums- und Kontrollstrukturen des Kunden. Abs. 2 der vorgenannten Bestimmung hält sodann fest, dass sich der Umfang der genannten Sorgfaltspflichten auf einer risikoorientierten Grundlage bestimmt.

5.2. Rechtliche Grundlagen in Deutschland

Deutschland ist Mitglied der EU und deshalb verpflichtet, die Geldwäscherichtlinien innert der vorgegebenen Frist in nationales Recht umzusetzen.³⁰⁵ Dabei muss das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden.³⁰⁶ Deutschland hat die RL (EU) 2015/849 im Juni 2017 fristgerecht umgesetzt.³⁰⁷ Am 1. Januar 2020 trat sodann das aufgrund der

²⁹⁹ KRAIS, 5. EU-Geldwäscherichtlinie, S. 321.

³⁰⁰ RL (EU) 2018/843, E. 33 und 37.

³⁰¹ RL (EU) 2018/843, E. 25.

³⁰² RL (EU) 2018/843, E. 53.

³⁰³ FREY/PELZ, N 15.

³⁰⁴ Art. 3 Nr. 6 RL (EU) 2018/843.

³⁰⁵ BRIAN/FREY/KRAIS, S. 245; OESCH, S. 108.

³⁰⁶ NAGEL, N 57.

³⁰⁷ BGBl 2017 I 1822 ff.

RL (EU) 2018/843 revidierte Geldwäschegesetz in Kraft.³⁰⁸ Das Transparenzregister wurde durch das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz öffentlich zugänglich. Zudem soll durch vorgenanntes Gesetz die Vernetzung der nationalen Transparenzregister innerhalb der EU ermöglicht werden.³⁰⁹

In § 3 DE-GwG findet sich eine allgemeine Begriffsdefinition des wirtschaftlich Berechtigten.³¹⁰ Davon ausgehend verweist § 3 Abs. 1 DE-GwG auf Abs. 2 bis 4 der vorgenannten Bestimmung als typische, aber nicht abschliessende Fälle wirtschaftlicher Berechtigung.³¹¹ Die Abklärung und Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten gehören zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten, die in den in § 10 Abs. 3 DE-GwG erwähnten Fällen erfüllt werden müssen.³¹² Bei nicht natürlichen Personen umfasst die Abklärungspflicht insbesondere, dass die Eigentums- und Kontrollstruktur des Vertragspartners mit angemessenen Mitteln in Erfahrung gebracht wird.³¹³ Es muss unter Berücksichtigung der Eigentums- und Kontrollstruktur der Vertragspartei als auch § 11 Abs. 5 DE-GwG die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festgestellt werden.³¹⁴ Zur Identifizierung zählt nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 DE-GwG gleichfalls auch die Überprüfung der erhaltenen Angaben zum Zweck der Identifizierung.

Bei der Prüfung der erhaltenen Angaben darf der Verpflichtete sich nach § 12 Abs. 3 DE-GwG am Transparenzregister orientieren.³¹⁵ Sind die Angaben aus dem Transparenzregister mit den vom Verpflichteten erhobenen Angaben übereinstimmend, muss der Verpflichtete gemäss vorgenannter Bestimmung grundsätzlich keine weiteren Massnahmen zur Überprüfung der erhobenen Angaben ergreifen. Stimmen die erhobenen Angaben mit den Angaben im Transparenzregister jedoch nicht überein, es bestehen sonstige Anhaltspunkte, «die Zweifel an der Identität der wirtschaftlich Berechtigten, ihrer Stellung als wirtschaftlich Berechtigten oder der Richtigkeit sonstiger Angaben» nach § 19 Abs. 1 DE-GwG begründen, so müssen über die Einsicht in das Transparenzregister hinausgehende Massnahmen ergriffen werden.³¹⁶ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die durch den Vertragspartner gemachten Angaben unter Berücksichtigung der Gesamtumstände der Geschäftsbeziehung nicht plausibel, widersprüchlich oder erkennbar

³⁰⁸ BGBl 2019 I 2602 ff.

³⁰⁹ BGBl 2021 I 2083 ff.

³¹⁰ FIGURA, § 3 DE-GwG N 1.

³¹¹ FIGURA, § 3 DE-GwG N 2.

³¹² § 10 Abs. 1 Nr. 2 DE-GwG.

³¹³ § 10 Abs. 1 Nr. 2 DE-GwG; FIGURA, § 10 DE-GwG N 13; KRAIS, § 10 DE-GwG N 18 ff.

³¹⁴ Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin, S. 48; FIGURA, § 10 DE-GwG N 19.

³¹⁵ Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin, S. 49; KRAIS, § 10 DE-GwG N 19.

³¹⁶ § 12 Abs. 3 DE-GwG; KRAIS, § 10 DE-GwG, N 19.

unzutreffend erscheinen. Die Anhaltspunkte für Zweifel bzw. Auffälligkeiten müssen offensichtlich sein. Eine generelle Ermittlungspflicht ist nicht notwendig. Sobald sich jedoch Verdachtsmomente zeigen, so muss der Verpflichtete tätig werden.³¹⁷ Ausserdem müssen weitere Massnahmen ergriffen werden, wenn auf ein höheres Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsrisiko hinweisende Anhaltspunkte bestehen.³¹⁸ Auch wenn der Verpflichtete von der Regelvermutung im Zusammenhang mit dem Transparenzregister Gebrauch macht, sind demzufolge gegebenenfalls risikoorientiert weitere Überprüfungsmassnahmen notwendig. Die Regelvermutung beinhaltet folglich keinen Gutgläubenschutz des Verpflichteten.³¹⁹ In Anbetracht dessen, dass die Angaben im Transparenzregister ungeprüft oder wenn überhaupt, dann nach einer Prüfung auf Plausibilität ins Transparenzregister übernommen werden, scheint es durchaus sinnvoll, dass sich der Verpflichtete nicht leichthin auf die Angaben des Transparenzregisters verlassen darf. Erst wenn eine Unstimmigkeitsmeldung nach § 23a DE-GwG vorgenommen wird, erfolgt nämlich eine materielle Prüfung der Angaben.³²⁰ Unstimmigkeiten sind einerseits bei Abweichungen von der als wirtschaftlich berechtigt geführten Person sowie andererseits bei den zu dieser Person gespeicherten Daten denkbar.³²¹ Andererseits kann es auch vorkommen, dass sich die bei der Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten erforderlichen risikooangemessenen Massnahmen gemäss § 11 Abs. 5 DE-GwG i.V.m. § 12 Abs. 3 DE-GwG reduzieren. Dies ist dann der Fall, wenn ein nachvollziehbar festgestelltes geringes Risiko i.S.v. § 14 DE-GwG besteht. Der risikobasierte Ermessensspielraum bei der Überprüfung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten richtet sich folglich auf die zu ergreifenden Massnahmen und nicht darauf, ob überhaupt eine Überprüfung vorgenommen wird. Es wäre infolgedessen nicht zulässig, gänzlich von den entsprechenden Massnahmen abzusehen.³²²

5.2.1. Angemessene Massnahmen zur Überprüfung der erhobenen Angaben

Es ist wichtig, ein Gesamtbild über die Vertragspartei zu haben, sodass die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten erfüllt werden kann. Anhand des Gesamtbilds findet eine Plausibilisierung der Angaben des Vertragspartners bzw. der eingeholten Informationen statt.³²³ Entgegen der Identifizierung des Vertragspartners besteht grundsätzlich keine

³¹⁷ Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin, S. 49.

³¹⁸ § 12 Abs. 3 DE-GwG; FREY, § 12 DE-GwG, N 26i.

³¹⁹ BRIAN/FREY/PELZ, S. 215 f.

³²⁰ BODE/GÄTSCH, S. 442; BRIAN/FREY/PELZ, S. 215 f.

³²¹ STEGMANN/MEUER, N 157.

³²² Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin, S. 60 f.; BT-Drs. 17/6804, S. 28.

³²³ Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin, S. 50; KRAIS, § 10 DE-GwG N 20.

Verpflichtung, bei der Feststellung und Verifizierung des wirtschaftlich Berechtigten qualifizierte Dokumente heranzuziehen.³²⁴ Es ist dem Verpflichteten grundsätzlich freigestellt, ob er die Überprüfung anhand öffentlicher Aufzeichnungen vornehmen bzw. die Vertragspartei um zweckdienliche Angaben bitten will.³²⁵ Letzteres ist jedoch grundsätzlich noch keine Massnahme zur Überprüfung im eigentlichen Sinne.³²⁶ Ausserdem widerspiegeln öffentliche Quellen oftmals nur eine «formale Registerwirklichkeit», sodass zwecks Verifizierung wiederum auf Aussagen des Kunden zurückgegriffen werden muss.³²⁷ Als ergänzende zweckdienliche Daten, die beim Kunden eingefordert werden können, eignen sich beispielsweise ein Gesellschaftsvertrag, weitere Gründungsdokumente oder ausländische Register. Bei den weiteren Quellen ist an Geschäftsberichte, Internetrecherchen, Ausweiskopien, Adressdatenbestände, Telefonbücher, Gesellschaftsverträge oder Bestätigungen des Steuerberaters bzw. Wirtschaftsprüfers zu denken.³²⁸ Falls der Verpflichtete zur Abklärung bzw. Identifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person Dienstleistungen von Auskunftseien in Anspruch nimmt, so ist damit auch zugleich die Verifizierung erfasst. Die von der Auskunftseien erhaltenen Daten müssen demnach grundsätzlich nicht zusätzlich überprüft werden.³²⁹ Eine materielle Überprüfung der von der Vertragspartei vorgelegten Unterlagen kann in der Regel ihrer Natur nach nicht vorgenommen werden. Folglich ist die Verpflichtung zur Überprüfung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten eine Plausibilitätsprüfung.³³⁰ Anhand dieser ist zu entscheiden, ob die getätigten Abklärungen zwecks Verifizierung der nun vorliegenden Informationen angemessen sind.³³¹ Um zu beurteilen, ob eine Massnahme angemessen ist, ist neben dem Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsrisiko von Relevanz, welche Erkenntnismöglichkeiten dem Verpflichteten zur Klärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen.³³² Es ist zu dokumentieren, welche Art der Verifizierungsmassnahme gewählt wurde.³³³ Zudem müssen gemäss § 8 Abs. 1 DE-GwG die im Rahmen der Erfüllung der Sorgfaltspflicht erhobenen Angaben und eingeholten Informationen vom Verpflichteten aufgezeichnet und aufbewahrt werden.³³⁴

³²⁴ FREY, § 12 DE-GwG N 26a; vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b RL (EU) 2018/843.

³²⁵ FIGURA, § 10 DE-GwG N 26.

³²⁶ BT-Drs. 17/6804, S. 28.

³²⁷ KAETZLER, S. 177.

³²⁸ FIGURA, § 10 DE-GwG N 22; STEGMANN/MEUER, N 153; WOLFSTETTER/HAMM-DÜPPE, N 67.

³²⁹ FIGURA, § 10 DE-GwG N 22.

³³⁰ FIGURA, § 10 DE-GwG N 19; KAETZLER, S. 177; KRAIS, § 10 DE-GwG N 20.

³³¹ FIGURA, § 10 DE-GwG N 19.

³³² BT-Drs. 16/9038, S. 38.

³³³ FIGURA, § 10 DE-GwG N 23.

³³⁴ Auslegungs- und Anwendungshinweise BaFin, S. 50.

5.2.2. Das Transparenzregister im Besonderen

Seit dem 1. Oktober 2017 sind unter anderem juristische Personen des Privatrechts verpflichtet, den wirtschaftlich Berechtigten an die registerführende Stelle des Transparenzregisters zu melden. Dadurch sollen gewisse gesellschaftsrechtliche Strukturen aufgedeckt werden, sodass Geldwäscheaktivitäten unterbunden und Terrorismusfinanzierung identifiziert werden können.³³⁵ Durch den Verweis in § 19 Abs. 2 DE-GwG auf § 3 DE-GwG soll klargestellt werden, dass die Definition des wirtschaftlich Berechtigten auch im Zusammenhang mit dem Transparenzregister Wirkung entfaltet.³³⁶ Durch die Einrichtung des Transparenzregisters wurde die Möglichkeit zur Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten anhand öffentlich zugänglicher Quellen deutlich verbessert.³³⁷ Beim wirtschaftlich Berechtigten von Vereinigungen i.S.v. § 20 Abs. 1 DE-GwG finden sich gemäss § 19 Abs. 1 DE-GwG Angaben zum Vor- und Nachnamen, Geburtsdatum, Wohnort, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses sowie zu allen Staatsangehörigkeiten im Transparenzregister.³³⁸ Durch Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses ist ersichtlich, weshalb die Eintragung als wirtschaftlich berechtigte Person im Transparenzregister erfolgte.³³⁹ Die Angaben müssen eingeholt, aufbewahrt, auf dem aktuellen Stand gehalten und der registerführenden Stelle unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister gemäss § 20 Abs. 1 DE-GwG mitgeteilt werden.³⁴⁰ Bei juristischen Personen des Privatrechts richtet sich Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses nach § 19 Abs. 3 Nr. 1 DE-GwG. Das Gesetz nennt als wirtschaftliches Interesse die Beteiligung an der Gesellschaft (insbesondere Höhe der Kapitalanteile oder der Stimmrechte), die Ausübung von Kontrolle auf sonstige Weise sowie die Funktion als gesetzlicher Vertreter, Geschäftsführer oder Partner.³⁴¹ § 23 Abs. 1 Nr. 2 DE-GwG sieht vor, dass Verpflichtete im Rahmen ihrer Erfüllung der Sorgfaltspflichten Einsicht in das Transparenzregister nehmen können. Ausserdem regelt vorgenannte Bestimmung den Umfang der Einsichtnahme.³⁴²

³³⁵ BT-Drs. 18/11555, S. 125; BT-Drs. 16/9038, S. 30; FIGURA, § 3 DE-GwG N 3.

³³⁶ BT-Drs. 18/11555, S. 126; KRAIS, § 10 DE-GwG N 18.

³³⁷ BT-Drs. 19/13827, S. 79; FIGURA, § 10 DE-GwG N 19; KRAIS, § 10 DE-GwG N 18.

³³⁸ RL (EU) 2018/843, E. 34.

³³⁹ FIGURA, § 19 DE-GwG N 7 ff.; STEGMANN/MEUER, N 157.

³⁴⁰ FIGURA, § 3 DE-GwG N 7; vgl. RL (EU) 2018/843, E. 25.

³⁴¹ FIGURA, § 10 DE-GwG N 19.

³⁴² BT-Drs. 18/11555, S. 133.

5.3. Rechtsvergleich mit Deutschland

Deutschland hat sich bei der Rechtsetzung an die Geldwäscherichtlinien der EU zu halten, die sich ihrerseits an den internationalen Vorgaben der FATF orientieren.³⁴³ Als EU-Mitgliedstaat muss Deutschland die EU-Richtlinien als Mindeststandard umsetzen, darf aber auch strengere Regelungen vorsehen.³⁴⁴ Aufgrund dessen fokussiert sich der vorliegende Rechtsvergleich auf die nationale Umsetzung der Überprüfungspflicht in Deutschland. Auch die Schweiz nimmt bei der Geldwäschereigesetzgebung Bezug auf die Empfehlungen der FATF. Sie ist im Gegensatz zur EU den Länderprüfungen der FATF ausserdem direkt ausgesetzt.³⁴⁵

In der Schweiz besteht nach geltendem Recht keine systematische Überprüfungspflicht im Zusammenhang mit dem wirtschaftlich Berechtigten. Es sind lediglich bei Ungereimtheiten weitere Abklärungen vorzunehmen.³⁴⁶ Der deutsche Gesetzgeber sieht hingegen vor, dass die Überprüfung systematisch bei allen Geschäftsbeziehungen zu erfolgen hat. Dabei gelangt in einem ersten Schritt das Transparenzregister zur Anwendung. Auf dieses darf der Verpflichtete zwar zurückgreifen, darf sich beim Vorliegen bestimmter Kriterien jedoch nicht abschliessend darauf verlassen. In einem solchen Fall sind weitere angemessene Massnahmen zur Überprüfung der erhobenen Angaben vorzunehmen.³⁴⁷ Wie dies in der Schweiz im Geldwäschereibereich oftmals der Fall ist³⁴⁸, findet auch in Deutschland bezüglich der angemessenen Massnahmen zur Überprüfung der erhobenen Angaben ein risikobasierter Ansatz Anwendung. Aufgrund dessen muss trotz des Transparenzregisters in vielen Fällen auf die bereits bekannten Überprüfungsmassnahmen wie beispielsweise öffentliche Quellen oder Aussagen bzw. Dokumente des Kunden zurückgegriffen werden.³⁴⁹

Die Pflicht zur systematischen Überprüfung im Zusammenhang mit der wirtschaftlich berechtigten Person wird in der Schweiz mit der aktuellen Revision des GwG eingeführt.³⁵⁰ Eine formelle Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten anhand qualifizierter Dokumente ist in Deutschland nicht notwendig.³⁵¹ In der neu eingeführten Überprüfungspflicht findet sich in der Botschaft zum revidierten Geldwäschereigesetz eine analoge

³⁴³ Vgl. dazu vorne Ziff. 5.1. sowie Ziff. 5.2.

³⁴⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 5.1.

³⁴⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.

³⁴⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.6.

³⁴⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 5.2.

³⁴⁸ SCHRÖDER, S. 37.

³⁴⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 5.2.1.

³⁵⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.

³⁵¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 5.2.1.

Auslegung, wonach das Einholen einer Ausweiskopie zur Verifizierung nicht ausreichend ist.³⁵² Welche angemessenen Massnahmen zwecks Überprüfung in der Schweiz in der Praxis angewendet werden, wird sich zukünftig zeigen.³⁵³

Meines Erachtens sind in der Schweiz aktuell keine Bestrebungen ersichtlich, nach welchen ein öffentliches Transparenzregister eingeführt werden soll. Deutschland und die EU gehen mit ihren öffentlich zugänglichen Transparenzregistern folglich einen Schritt weiter als die Schweiz. Die FATF-Empfehlung 24 sieht vor, dass Behörden entweder über ein Register oder einen alternativen Mechanismus schnell und effizient auf Informationen zur wirtschaftlichen Berechtigung Zugriff erhalten müssen.³⁵⁴ Es wird sich meiner Meinung nach in den nächsten Jahren bzw. im Rahmen der weiteren Revisionen der Geldwäschereigesetzgebung zeigen, wie die Schweiz weiterverfähren wird. Entweder fügt sie sich dem internationalen Druck und richtet ebenfalls ein öffentliches Transparenzregister ein, oder sie hält am Gedanken der Revision des Aktienrechts hinsichtlich der neu eingeführten Pflichten im Zusammenhang mit wirtschaftlich berechtigten Personen fest.³⁵⁵

Meines Erachtens ist fraglich, ob das Transparenzregister, wie es Deutschland kennt, im Zusammenhang mit der Überprüfungspflicht tatsächlich einen Mehrwert schafft. In einem ersten Schritt muss das Transparenzregister mit verifizierten Daten befüllt werden, um eine hilfreiche Quelle für die Erfüllung der Überprüfungspflicht darzustellen. Darüber hinaus sind die internationalen Finanzplätze heutzutage stark verflochten. Aufgrund dessen wäre eine Verknüpfung der verschiedenen nationalen Register meiner Meinung nach unumgänglich, wie dies die EU nun mit der RL (EU) 2018/843 anstrebt. In Österreich findet sich bereits die Möglichkeit, den Transparenzregisterauszug erweitert zu nutzen. Die Verpflichteten dürfen abschliessend auf den Auszug vertrauen.³⁵⁶ Eine solche Lösung scheint mir für Finanzintermediäre zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten zielführender. Kann der Registerauszug nicht zur abschliessenden Beurteilung beigezogen werden, stellt er meiner Meinung nach lediglich eine ergänzende Quelle, nicht jedoch einen tatsächlichen Mehrwert dar.

³⁵² Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.

³⁵³ Vgl. dazu vorne Ziff. 4.2.

³⁵⁴ FATF Recommendations 2012, S. 22.

³⁵⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.7.

³⁵⁶ BRIAN/FREY/KRAIS, S. 259.

6. Handlungsempfehlung für die Praxis

Das revidierte Geldwäschereigesetz soll voraussichtlich am 1. Oktober 2022 in Kraft treten.³⁵⁷ Dies bedeutet, dass Banken bis zu diesem Zeitpunkt ein adäquates Konzept zur Umsetzung der revidierten Bestimmungen erarbeiten müssen. Wie aus der Botschaft zum revidierten Geldwäschereigesetz hervorgeht, ist es nicht ausreichend, lediglich eine Kopie eines Identifizierungsdokuments zur Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person einzuholen. Es müssen vielmehr risikobasierte Verifizierungsmassnahmen zwecks Plausibilisierung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person vorgenommen werden. Der Finanzintermediär muss sich also vergewissern, wer die wirtschaftlich berechnete Person ist. Ausserdem hat die Überprüfung systematisch bei allen Geschäftsbeziehungen zu erfolgen, wobei sich der risikobasierte Ansatz auf die Art und den Umfang der Verifizierungsmassnahme richtet. Aus den Revisionsunterlagen geht nicht hervor, wie die Überprüfungspflicht in der Praxis konkret umgesetzt werden soll.³⁵⁸ Ausserdem finden sich in öffentlich zugänglichen Quellen bis anhin nur äusserst grob gefasste Stellungnahmen zum Vorgehen bezüglich der Verifizierung des wirtschaftlich Berechtigten. So nennen beispielsweise BDO³⁵⁹ oder Equilas³⁶⁰ den Abgleich mit dem Kundenprofil bzw. das Einholen von Auszügen aus Aktienregistern oder Anteilsbüchern. Es soll deshalb vorliegend konkreter aufgezeigt werden, wie eine Bank die Überprüfungspflicht bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften umsetzen könnte.

Aufgrund der systematisch und risikobasiert vorgesehenen Umsetzung der Überprüfungspflicht ist es meines Erachtens angezeigt, die bereits vorhandene Kundensegmentierung nach dem Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiko als Grundlage zu verwenden und gestützt darauf eine Einteilung nach der Art der Geschäftsbeziehungen vorzunehmen. Es soll sodann definiert werden, welche Verifizierungsmassnahmen bei welchem Kundensegment sinnvollerweise beigezogen werden können bzw. müssen. In Anbetracht dessen, dass jede Bank einen unterschiedlichen Kundenstamm hat, wird vorliegend kein Vorschlag zu einer möglichen Gliederung der Geschäftsbeziehungen

³⁵⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.

³⁵⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 4.

³⁵⁹ BDO AG, Artikel: Zwei Verschärfungen im Kurzüberblick vom 12. August 2021, <www.bdo.ch/de-ch/publikationen/fachartikel/banking-newsletter/gwg-revision-zwei-verscharfungen-im-kurzuberblick>, besucht am: 04.05.2022.

³⁶⁰ Equilas AG, Das revidierte GwG – Fragen rund um die Umsetzung der Verifizierungs- und Aktualisierungspflicht vom 23. September 2021, <www.equilas.ch/2021/09/23/das-revidierte-gwg-fragen-rund-um-die-umsetzung-der-verifizierungs-und-aktualisierungspflicht/>, besucht am: 04.05.2022.

dargelegt. Es soll vielmehr aufgezeigt werden, welche Verifizierungsmassnahmen bei einer operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft geeignet sein könnten.

Um die direkte und indirekte Kontrollinhaberschaft über eine qualifizierte Beteiligung zu verifizieren, lohnt sich einerseits ein Blick ins Aktienbuch, als auch ins Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 697I Abs. 1 OR. Im Aktienbuch sind in der Praxis in Ergänzung zu den gesetzlich geforderten Informationen oftmals auch weitere Angaben wie beispielsweise die Anzahl der Aktien als auch der Stimmrechte ersichtlich. Dasselbe gilt für das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen. Dieses beinhaltet neben Vor- und Nachname bzw. Firma und Adresse oftmals auch die Anzahl der vom wirtschaftlich Berechtigten gehaltenen Aktien. Ausserdem kann es Informationen zu den prozentualen Anteilen der Stimmen und des Aktienkapitals umfassen. Darüber hinaus kann durch Abklärungen mit dem Kunden geprüft werden, ob Aktionärbindungsverträge vorliegen. Bei ausländischen Gesellschaften ist ein Auszug aus dem öffentlichen Transparenzregister sinnvoll, der im Sinne der EU-Geldwäscherichtlinie zumindest in allen EU-Mitgliedstaaten zwischenzeitlich vorhanden und öffentlich zugänglich sein sollte. Darüber hinaus kann auch ein Geschäftsbericht zur Überprüfung der wirtschaftlichen Berechtigung bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften hilfreich sein. Aus der Bilanz könnte insbesondere hervorgehen, ob eine Abhängigkeit von Fremdkapitalgebern oder sonstigen Gläubigern besteht, die einen beherrschenden Einfluss auf die Aktiengesellschaft ausüben. Ausserdem kann der Geschäftsbericht einen Überblick über ein allfälliges bestehendes Konzernverhältnis liefern. Ferner sind im Handelsregisterauszug die Zeichnungsberechtigungen ersichtlich, die einen Hinweis auf eine allfällige Kontrolle «auf andere Weise» beinhalten können. Eine Recherche in öffentlich zugänglichen Quellen als auch ein Abgleich mit den zum Kunden bereits vorhandenen Dokumenten und Unterlagen kann hilfreich sein. Dazu gehört bei einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung auch die Einsicht in die bereits erfolgten Transaktionen. Aus dem Kundenprofil könnte beispielsweise hervorgehen, ob aufgrund familiärer Verhältnisse oder einer wichtigen persönlichen Stellung eines Patrons eine Kontrolle «auf andere Weise» vorliegt. Bei Abklärungen im Zusammenhang mit risikobehafteten Geschäftsbeziehungen nennt Art. 16 GwV-FINMA unterschiedliche Mittel der Abklärungen. Diese können auch im Zusammenhang mit der Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person beigezogen werden. So wird in Abs. 1 lit. d der vorgenannten Bestimmung explizit die Erkundigung bei vertrauenswürdigen Personen aufgeführt. Die Bank sieht bei der Bekämpfung der Geldwäscherei immer nur einen kleinen Ausschnitt des gesamten allenfalls

geldwäschereirechtlich relevanten Sachverhalts. Durch Auskünfte vertrauenswürdiger Personen können etwaige weitere Elemente des gesamten Sachverhalts aufgedeckt werden und zur Überprüfung der wirtschaftlich berechtigten Person beitragen. Dabei ist beispielsweise an Auskünfte der Steuerbehörden bzw. -berater sowie Wirtschaftsprüfer zu denken.

Bei einem erhöhten Risiko für Geldwäscherei bzw. Terrorismusfinanzierung ist ein Blick ins Aktienbuch zur Überprüfung der Identität und somit der Vergewisserung, wer die wirtschaftlich berechnigte Person ist meines Erachtens nicht ausreichend. Es ist stets eine konkrete Einzelfallbeurteilung vorzunehmen. Damit die Kundenberatenden eine Hilfestellung bezüglich dem nach den Umständen gebotenen Mass der Sorgfalt bei der Überprüfung haben, eignen sich Anleitungen bzw. Beispiele in den entsprechenden Weisungen der Bank. Ausserdem sollten die Mitarbeitenden hinsichtlich der revidierten Bestimmungen und deren konkreter Umsetzung geschult werden.

Es stellt sich ferner die Frage, wie die systematische Dokumentation der Verifizierungspflicht aussehen soll. Allenfalls sind technische Anpassungen im Kernbankensystem vorzunehmen. Anhand dieser können bei Prüfungen der internen als auch der externen Revision Auswertungen vorgenommen werden, die die tatsächliche praktische Ausführung der revidierten Gesetzesbestimmung aufzeigen. Es sollte insbesondere ausgewertet werden können, welche Verifizierungsmassnahmen bzw. welche Quellen im konkreten Einzelfall verwendet wurden und ob die erhaltenen Angaben plausibel erscheinen.

7. Schlussfolgerung

Die Überprüfungspflicht, welche mit dem revidierten Geldwäschereigesetz voraussichtlich per 1. Oktober 2022 in Kraft treten soll, ist keine vollständig neue Sorgfaltspflicht, sondern eher eine Ausweitung der bereits bestehenden Pflicht. Bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften sind die Kontrollinhaber anhand einer dreistufigen Abklärungskaskade festzustellen. Bei den indirekt qualifizierten Beteiligungen wird seit der Revision des Aktienrechts dem Zurechnungsansatz der Vorrang gewährt. Die Bank muss dauernd korrekt über die wirtschaftliche Berechtigung dokumentiert sein. Bis anhin musste sie lediglich bei Ungereimtheiten bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung Massnahmen zur Plausibilisierung vornehmen. Eine systematische Pflicht zur Überprüfung der Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung bestand hingegen nicht. Um der Kritik der FATF gerecht zu werden, hat die Überprüfungspflicht nach zukünftigem Recht systematisch bei allen Geschäftsbeziehungen zu erfolgen. Dabei ist ein risikobasierter Ansatz anzuwenden. Es wäre folglich nicht mehr ausreichend, einzig bei der Feststellung von Ungereimtheiten zu handeln. Darüber hinaus konnte anhand des Rechtsvergleichs aufgezeigt werden, wie die Überprüfungspflicht in Deutschland umgesetzt wird. Deutschland geht mit dem öffentlich zugänglichen Transparenzregister einen Schritt weiter als die Schweiz. Diesbezüglich kann festgehalten werden, dass es sich dabei zwar um eine zusätzliche Quelle zur Plausibilisierung der Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung handelt, auf weitere angemessene Massnahmen zur Überprüfung jedoch oftmals nicht verzichtet werden kann. Den Banken ist hinsichtlich der Umsetzung der revidierten Bestimmung zu empfehlen, risikobasierte Verifizierungsmassnahmen je Kundenkategorie festzulegen. Eine systematische Dokumentation, beispielsweise im Kernbankensystem, ist dabei unerlässlich. Bei operativ tätigen nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften können insbesondere Unterlagen wie das Aktienbuch, das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen oder der Geschäftsbericht beigezogen werden. Ausserdem scheinen Auskünfte der Vertragspartei bzw. von vertrauenswürdigen Personen wie Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern hilfreich zu sein. Bei einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung sind ausserdem die Transaktionen der Vertragspartei als auch die Informationen, die im Rahmen des Kundenprofils bereits gesammelt wurden von Relevanz. Welche Verifizierungsmassnahmen sich in der Praxis bei welcher Art von Geschäftsbeziehung durchsetzen werden, wird sich zeigen, sobald der revidierte Erlass in Kraft ist.

Wahrheitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Wohlenschwil, 25. Mai 2022

Andrea Jäger
