



## Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 – Case postale 3178 – 1211 Genève 3

Tél. 022 310 07 35 – Fax 022 310 07 39 – [www.arif.ch](http://www.arif.ch) - e-mail : [info@arif.ch](mailto:info@arif.ch)

CHE-101.192.434 TVA

### AUSLEGUNGSHINWEIS

Datum: 15. Juni 2018

Betrifft: Feststellung der Vertragspartei und der wirtschaftlich berechtigten Person

---

Einige Finanzintermediäre haben unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich der Feststellung der Vertragsparteien und der wirtschaftlich berechtigten Personen. Die ARIF hat deshalb beschlossen, den vorliegenden Auslegungshinweis herauszugeben, um die Situation zu klären. Zu diesem Dokument gehört auch eine Grafik, auf die im Text Bezug genommen wird.

Es gibt zwei gegensätzliche Herangehensweisen, eine «juristische» und eine «pragmatische».

#### 1. Der «juristische» Ansatz

##### a. Der Begriff «Vertragspartei»

«Vertragspartei» ist ein rein juristischer Begriff, der jede natürliche oder juristische Person im Besitz von Vermögenswerten, die Gegenstand einer Geschäftsbeziehung sind, bezeichnet, und mit welcher der Finanzintermediär durch eine schriftliche oder mündliche, stillschweigende oder ausdrückliche vertragliche Beziehung verbunden ist.

Ein solcher Vertrag kann nicht nur als rechtliches Grundverhältnis bestehen, sondern auch bei allen Rechtsgeschäften, welche die Vermögensübertragung von einer Person auf eine andere begleiten. Ohne legitimen Rechtsgrund kommt es zu keiner Eigentumsübertragung. Solche Verträge bestehen auch zwischen den einzelnen Parteien des Rechtsgeschäfts mit dem Zweck, deren Rolle, das Verwaltungsmandat, den Treuhandvertrag usw. zu definieren.

Jeder Vertrag muss von einer Erklärung über die wirtschaftlich berechtigte Person an den betreffenden Vermögenswerten begleitet sein, die von jeder Vertragspartei, die überträgt, hinterlegt, beauftragt oder bezeichnet, an diejenige Partei gerichtet ist, die empfängt oder beauftragt oder die bezeichnet wurde.

##### b. Der Begriff «wirtschaftlich berechtigte Person»

Bei einer wirtschaftlich berechtigten Person muss es sich zwingend um eine natürliche Person handeln, die befugt ist, die Vermögenswerte, welche Gegenstand der

Geschäftsbeziehung der Vertragspartei mit dem Finanzintermediär sind, zu ihren Gunsten oder zugunsten von ihr bezeichneten Dritten zu nutzen oder zu veräussern.

Diese beiden Eigenschaften (wirtschaftlich berechtigte Person und Vertragspartei) können in einer Person vereint sein, sofern es sich dabei um eine natürliche Person handelt. Diese Eigenschaften können aber auch auf verschiedene Personen entfallen, was immer dann zutrifft, wenn es sich bei der Vertragspartei um eine juristische Person handelt.

Es können mehrere Vertragsparteien desselben Finanzintermediärs über dieselben Vermögenswerte verfügen, und es können auch mehrere wirtschaftlich berechtigte Personen an diesen Vermögenswerten vorliegen.

Dies gilt insbesondere für komplexe Konstrukte, an denen eine oder mehrere Sitzgesellschaften beteiligt sind.

### c. Umsetzung

Der Finanzintermediär, der eine Sitzgesellschaft verwaltet, kann von der natürlichen Person, die ihn mit der Gründung der Sitzgesellschaft beauftragt hat, mittels eines Treuhandauftrags befugt sein, Aufträge im Zusammenhang mit dieser Sitzgesellschaft auszuführen; oft kann er zudem befugt sein, die Instrumente – Aktienzertifikate und andere Wertschriften –, welche die Rechte des Schöpfers dieses Konstrukts an diesen Instrumenten belegen, zu verwahren.

Dazu kommt ein Mandatsvertrag als Verwalter oder Generalbevollmächtigter der Sitzgesellschaft, den der Finanzintermediär mit der Sitzgesellschaft, deren direkte Geschäftsführung er de jure oder de facto übernimmt, selbst abschliesst.

Der Finanzintermediär hat somit zwei Vertragsparteien, obwohl es nur eine wirtschaftlich berechtigte Person gibt, die oft auch die Vertragspartei ist.

Der Finanzintermediär hat in seinen Beziehungen zu dieser Vertragspartei die Unterzeichnung eines Formulars A einzufordern, aus dem hervorgeht, dass diese Vertragspartei die wirtschaftlich berechtigte Person an den Vermögenswerten ist, die Gegenstand der Geschäftsbeziehung sind. Ist dies nicht der Fall, muss die Vertragspartei den Namen der wirtschaftlich berechtigten Person angeben (Grafik, Vertragsbeziehung 1).

In seiner Funktion als Verwalter oder Generalbevollmächtigter der Gesellschaft erklärt der Finanzintermediär die Gesellschaft gegenüber Dritten, z.B. gegenüber der Depotbank, als Vertragspartei, und zwar unter Angabe des Namens der wirtschaftlich berechtigten Person der Gesellschaft gemäss den Angaben der Vertragspartei, die ihn beauftragt hat, diese Gesellschaft zu gründen, und die ihn treuhänderisch anweist (Grafik, Vertragsbeziehung 2).

Darüber hinaus ist die Vertragspartei des Finanzintermediärs auch die Vertragspartei der für sie gegründeten Sitzgesellschaft, in die das Vermögen eingebracht wird.

Auch wenn es Praktikern manchmal nicht bewusst ist, so handelt es sich bei der Einbringung von Vermögenswerten in die Sitzgesellschaft um einen eigenständigen vertraglichen Rechtsakt, da diese Einbringung nicht «ohne rechtliche Grundlage» erfolgen kann. Auch wenn dies oft gar nicht zum Ausdruck kommt, handelt es sich bei diesem Vertragsverhältnis in der Regel um ein treuhänderisches Verhältnis, manchmal kaschiert in Form eines Darlehens oder einer Einlage eines Gesellschafters – alles Handlungen, die sehr wohl Verträge zur Übertragung von Vermögenswerten darstellen. Deshalb kann man den Praktikern nicht häufig genug empfehlen, den Rechtsgrund jeder dieser Bewegungen in einem separaten Vertrag zu dokumentieren.

Da die Sitzgesellschaft selbst in einem Vertragsverhältnis mit dem Einbringer der Vermögenswerte steht, sollte sie grundsätzlich ein Formular A unterzeichnen lassen, das die wirtschaftlich berechtigte Person an den eingebrachten Vermögenswerten bezeichnet (Grafik, Vertragsverhältnis 3).

Da diese Vertragspartei in der Praxis jedoch oft mit dem Finanzintermediär identisch ist, der selbst als Verwalter oder Bevollmächtigter der Gesellschaft fungiert, kann man von der Vertragspartei nur die Unterzeichnung eines Formulars A einfordern, das sowohl für den Finanzintermediär als auch für die Sitzgesellschaft gilt und an beide gerichtet ist und in beiden Fällen die wirtschaftlich berechtigte Person bezeichnet (Grafik, Verbindung zwischen Vertragsbeziehung 1 und 3).

Das Formular A der vom Erstkunden (demjenigen, für dessen Zwecke der Finanzintermediär das Konstrukt aufgebaut hat) unterzeichneten Erklärung über die wirtschaftlich berechtigte Person kann somit durch die folgende Passage ergänzt werden:

*Die Vertragspartei ..... erklärt hiermit, dass es sich bei der (den) wirtschaftlich berechtigte(n) Person(en) an den Vermögenswerten, die Gegenstand der Geschäftsbeziehung(en) mit dem Finanzintermediär (Name des FI: ) sind, beziehungsweise mit der/den Gesellschaft(en) (Firmenname[n]), die vom Finanzintermediär für Rechnung und in Auftrag der Vertragspartei verwaltetet wird (werden), um folgende Person(en) handelt: .....*

Dies ist jedoch nur zulässig, wenn diese begünstigte Person in beiden Fällen tatsächlich dieselbe ist (Aufbau des Konstrukts / bzw. Einbringung des Vermögens), was aber nicht zwingend ist, insbesondere bei mehreren wirtschaftlich berechtigten Personen am selben Vermögen oder Konstrukt oder aber wenn das Konstrukt vom Finanzintermediär auf Antrag eines Vertreters der wirtschaftlich berechtigten Person aufgebaut wird.

Bei konventionell errichteten Trusts gliedert sich die Situation in zwei zeitliche Phasen. Erste Phase: Der Finanzintermediär geht mit dem Stifter ein

Vertragsverhältnis ein, das der Errichtung des Trusts und der allfälligen Errichtung einer Infrastruktur dient.

Werden die Vermögenswerte dem Treuhänder zum Zeitpunkt der Gründung treuhänderisch übergeben, muss der Treuhänder vom Stifter verlangen, das Formular A vor oder zum Zeitpunkt der Errichtung des Trusts auszufüllen, damit die wirtschaftlich berechnete Person dieser Vermögenswerte festgestellt werden kann.

Zweite Phase: Werden die Vermögenswerte hingegen erst nach der Errichtung in den Trust eingebracht, muss jeder Einbringer solcher Vermögenswerte vom Treuhänder als Spender erachtet werden. Bei der Entgegennahme von Zuwendungen unter Lebenden handelt es sich denn auch um die Entgegennahme einer Treuhandschenkung, was ein Vertrag darstellt. In einem solchen Fall muss der Treuhänder die Erklärung A vom Spender einholen, der seine Vertragspartei (aber nicht immer der Stifter) ist.

Zeitgleich mit der Errichtung des Trusts erstellt der Finanzintermediär ein Formular T, das alle relevanten Angaben zu sämtlichen Parteien enthält, gegenüber denen der Treuhänder Rechte oder Pflichten hat, d.h. Stifter, wirtschaftlich berechnete Person, allfällige als Protektoren eingesetzte Drittpersonen usw. Dasselbe gilt im Falle eines nichtkonventionellen Trusts, z.B. wenn der Treuhänder durch eine Todesurkunde bestellt wird, oder im Falle eines so genannten «Constructive Trust».

Da in diesem nun errichteten Trust-Konstrukt keine der genannten Personen als Vertragspartei erachtet werden kann, muss das Formular T nicht von ihnen, sondern vom Treuhänder selbst unterzeichnet werden.

Diese Informationen muss der Treuhänder dann allfälligen Drittparteien, mit denen er Verträge abschliesst, weitergeben, beispielsweise der Depotbank.

Zudem muss der Treuhänder auch dafür sorgen, dass das Formular T in allen Dossiers der von ihm geschaffenen Infrastrukturen zum Halten der Vermögenswerte des Trusts vorliegt.

## 2. Der «pragmatische» Ansatz

Der so genannte pragmatische Ansatz entwickelte sich in den Anfängen des GwG aus Gründen der Einfachheit oder der Unwissenheit seitens der Finanzintermediäre. Bei diesem Ansatz wird der «Kunde» ausschliesslich im kommerziellen Sinne des Wortes betrachtet, d.h., als eine Person, die in der Regel die Dienstleistungen des Finanzintermediärs zu bezahlen hat und deren höchste und/oder effektive Befugnis darin besteht, den Finanzintermediär einseitig von seinen Aufgaben zu entbinden oder die Aktiven aus dem Konstrukt zu entfernen.

Beim diesem pragmatischen Ansatz werden sämtliche Konstrukte – ob übergeordnet oder untergeordnet – nach dem Transparenzprinzip als einfache Arbeitsinstrumente ohne wirkliche Rechtspersönlichkeit betrachtet.

Dabei wird der Begriff der «Vertragspartei» mit jenem des «Kunden» oder der «Geschäftsbeziehung» gleichgesetzt.

Das hat den Vorteil der Einfachheit. Doch der Ansatz weist auch eine Reihe von Nachteilen auf, vor allem den, dass er nicht mit dem Rechtssystem kompatibel ist.

Dieser Ansatz ist zudem oft faktisch und juristisch falsch, da dieselbe Geschäftsbeziehung mehrere Kunden sowie mehrere Vertragsparteien betreffen kann, die jedoch nicht unbedingt wirtschaftlich berechnete Personen oder gar «Kunden» im kommerziellen Sinne des Wortes sind.

Darüber hinaus kann dieser Ansatz zu einem gewissen Fehlverhalten verleiten, etwa wenn der Finanzintermediär die von der Sitzgesellschaft als Vertragspartei des Finanzintermediärs oder Dritter ausgestellte Erklärung über die wirtschaftlich berechnete Person von der wirtschaftlich berechneten Person selbst unterzeichnen lässt, obwohl es eigentlich dem Finanzintermediär in seiner Funktion als Verwalter oder Bevollmächtigter dieser Gesellschaft obliegt, diese Erklärung zu unterzeichnen und Dritten gegenüber anzugeben, wer die wirtschaftlich berechnete Person ist.

Der pragmatische Ansatz hat zudem auch gewisse unerwünschte Auswirkungen, insbesondere in Bezug auf Trusts, wenn der Trust dadurch eindeutig zu einem reinen Scheingebilde, einem so genannten «Sham Trust», wird.

Des Weiteren kann der pragmatische Ansatz bei Veränderungen der Situation oder des Konstrukts gewisse Schwierigkeiten bereiten, insbesondere bei Tod des «Kunden», beim Wechsel der begünstigten Person oder bei einer Aufspaltung der wirtschaftlich berechneten Personen.

Dies ist besonders aufwändig für Finanzintermediäre, die zahlreiche Geschäftsbeziehungen über einen langen Zeitraum hinweg und mit einem erheblichen und vermutlich weiter ansteigenden Personalaufwand pflegen.

Aus den vorgenannten Gründen drängt es sich auf, die Praxis am juristischen Ansatz zu orientieren, selbst wenn dadurch eine «Papierflut» generiert wird. Zudem wäre das GwG-Register entsprechend auszuweiten und zu ergänzen.

## Vertragspartei und wbP Fall «Sitzgesellschaft mit Verwaltungsmandat» (durch einen Mitarbeiter des FI oder den FI persönlich in seiner Funktion als Gesellschaft)

