

Swiss Payment Association

Ohmstrasse 11, 8050 Zürich
office@swiss-p-a.ch, +41 (0)58 426 25 55

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Frau Simone Tobler
Laupenstrasse 27
3003 Bern

Per Mail:
simone.tobler@finma.ch

Zürich, 16. Oktober 2017

Anhörung zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) Stellungnahme der Swiss Payment Association

Sehr geehrter Frau Tobler

Wir nehmen Bezug auf die von der FINMA durchgeführte Anhörung zur Teilrevision der GwV-FINMA. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und äussern uns gerne zur Revisionsvorlage.

Vorab gestatten wir uns den Hinweis, dass der Swiss Payment Association (SPA) alle Schweizer Herausgeber¹ von Kreditkarten der internationalen Kartenorganisationen mit rund 6.4 Millionen herausgegebenen Karten angehören. Als Branchenorganisation vertritt die SPA die Positionen ihrer Mitglieder im Dialog mit all deren Anspruchsgruppen.

Management Summary

Die zentralen Positionen der SPA bezüglich GwV-FINMA-Revision sind:

Fehlende gesetzliche Grundlagen

Nach Beurteilung der SPA fehlt es an der gesetzlichen Grundlage, um auf Verordnungsstufe die Pflicht einzuführen, dass der Finanzintermediär die wirtschaftliche Berechtigung verifizieren muss.

Ebenso ist nach Einschätzung der SPA keine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden, um auf Verordnungsstufe eine Rückwirkung von neuem Verordnungsrecht festzuschreiben.

¹ Mitglieder der Swiss Payment Association sind die Schweizer Kreditkarten-Herausgeber BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Bank AG, PostFinance AG, Swisscard AECS GmbH, UBS Switzerland AG und Visa Card Services SA.

Fehlende Umsetzbarkeit im Massengeschäft

Insbesondere der mit der Teilrevision vorgeschlagene Art. 9a E-GwV-FINMA (Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung) wäre im Massengeschäft faktisch bzw. mit vertretbaren Mitteln nicht umsetzbar.

Dasselbe gilt für Art. 9c in Verbindung mit Art. 78a E-GwV-FINMA: Eine Nacherhebung von Kundeninformationen aufgrund neu geltender Sorgfaltspflichten (= Rückwirkung neuer Sorgfaltspflichten) würde unverhältnismässig hohe personelle, finanzielle und zeitliche Ressourcen binden.

Übererfüllung der FATF-Empfehlungen

Die FATF verlangt in ihrer Empfehlung 10 und in den dazugehörigen Interpretive Notes allein eine Verifizierung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person und nicht – wie in der GwV-FINMA-Revisionsvorlage vorgeschlagen – die Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung. Mit der Pflicht, die wirtschaftliche Berechtigung zu verifizieren, würde die Schweiz einerseits weiterhin nicht den FATF-Empfehlungen entsprechen und andererseits deutlich höhere Anforderungen stellen, als sie auf anderen (FATF-konformen) Finanzplätzen gelten. Das würde nicht nur die Finanzintermediäre unverhältnismässig belasten, sondern ihnen auch Wettbewerbsnachteile gegenüber der ausländischen Konkurrenz bescheren.

Konklusion

Die Swiss Payment Association beantragt insbesondere den **Verzicht auf die Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung und auf die Rückwirkung neuer Sorgfaltspflichten.**

1. Grundsätzliche Ausführungen

Die Swiss Payment Association unterstützt die mit der Teilrevision der GwV-FINMA verfolgte Absicht, dass die Schweiz mittels gezielter regulatorischer Anpassungen den enhanced follow-up Prozess der FATF wieder verlassen kann. Allerdings soll diese Absicht inhaltlich mit Augenmass sowie ohne zu überschliessen und formal auf genügenden gesetzlichen Grundlagen umgesetzt werden.

1.1 Fehlende gesetzliche Grundlage für Verordnungsbestimmungen

Auf den in den Anhörungsunterlagen von der FINMA geäusserten Wunsch hin nimmt die Swiss Payment Association vorliegend zur Frage der Regelungskompetenz Stellung: Verordnungsbestimmungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Fehlt es an einer solchen, dürfen beabsichtigte regulatorische Anpassungen ausschliesslich im Rahmen eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vorgenommen werden. Dies gebieten das Demokratieprinzip und die Gewaltenteilung.

Im vorliegenden Fall darf das Konformitätsinteresse des Regulators mit den FATF-Empfehlungen (soft-law!) nicht zu Lasten grundlegender verfassungsmässig verankerter demokratischer Rechte bzw. rechtsstaatlicher Prinzipien gehen. Dies auch dann nicht, wenn für den ordentlichen Erlass von neuem Recht ein höherer Zeitbedarf als für den Erlass von Verordnungsbestimmungen erforderlich ist. Die Problematik der fehlenden gesetzlichen Grundlage stellt sich bei der Revisionsvorlage insbesondere in zwei Bereichen:

1. Art. 78a E-GwV-FINMA beinhaltet eine Rückwirkung von neu vorgesehenem Verordnungsrechts, wofür es im Geldwäschereigesetz (GwG) keine Grundlage gibt. Im Gegenteil: Aus den Übergangsbestimmungen von Art. 42 GwG ergibt sich, dass eine Rückwir-

kung für neue Sorgfaltspflichten ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung ausgeschlossen ist. Sollte eine Rückwirkung neuer Verordnungsbestimmungen weiter in Betracht gezogen werden, wäre daher dazu vorgängig eine gesetzliche Grundlage im GwG zu schaffen.

2. Dasselbe gilt bezüglich Art. 9a E-GwV-FINMA: Art. 4 GwG spricht lediglich davon, dass der Finanzintermediär die wirtschaftlich berechtigte Person „feststellen“ muss. Bei der geplanten Einführung der Pflicht, die wirtschaftliche Berechtigung zu verifizieren, handelt es sich weder um eine Konkretisierung des bestehenden Gesetzes noch um eine Vollzugsbestimmung, sondern es wird materiell eine neue Vorschrift eingeführt, die den Finanzintermediären neue Pflichten auferlegt. Eine Regelung, soweit überhaupt notwendig und angebracht, wäre daher zwingend auf Gesetzesstufe zu erlassen. Für eine auf Verordnungsstufe einzuführende materielle Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung gibt es nach Auffassung der Swiss Payment Association aktuell keine gesetzliche Grundlage.

Trotz nach Auffassung der SPA fehlender gesetzlicher Grundlagen äussert sich die Swiss Payment Association nachstehend inhaltlich zu den in Frage stehenden neu vorgeschlagenen Bestimmungen des E-GwV-FINMA.

1.2 Überschliessend und im Massengeschäft faktisch nicht umsetzbar

Angesichts der im Bereich des Finanzmarkts stets zunehmenden Regelungsdichte ist es der Swiss Payment Association ein zentrales Anliegen, dass keine zusätzlichen Wettbewerbsnachteile des Schweizer Wirtschaftsstandorts gegenüber anderen FATF-konformen Standorten bzw. Staaten geschaffen werden. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund der Anwendung der Schweizer Finanzmarktgesetze auf Anbieter mit Inkorporationssitz in der Schweiz, nicht jedoch auf solche ohne physische Präsenz aber Marktauftritt in der Schweiz. Andernfalls würden Zahlungsmittel-Herausgeber, die im Schweizer Markt ohne physischen Anknüpfungspunkt (insbesondere über das Internet) tätig sind, zusätzlich und ungerechtfertigt gegenüber lokal verankerten Anbietern bevorteilt.

Im Weiteren müssen der Gesetz- und der Verordnungsgeber dafür besorgt sein, dass die auf internationaler Ebene formulierten Anforderungen so ins nationale Recht überführt werden, dass sie praxistauglich und mit verhältnismässigen Mitteln umsetzbar sind.

Diesen Anforderungen wird insbesondere der vorgeschlagene Art. 9a E-GwV-FINMA nicht gerecht. Einerseits geht er – mit der materiellen Verifizierung des wirtschaftlich Berechtigten (anstelle der Überprüfung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten) – folgeschwer über die FATF-Empfehlungen hinaus (siehe dazu unten Ziffer 2.1). Andererseits ist die praktische Umsetzung für im Massengeschäft tätige Finanzintermediäre – und ganz besonders für die Kreditkartenherausgeber mit direkt abgeschlossenen (beispielsweise nicht von einer Bank vermittelten) Geschäftsbeziehungen – mit vertretbaren Mitteln nicht machbar. Und dies auch unter Anwendung von risikoorientierten Massnahmen. So wäre z.B. die Verifizierung bei Geschäftsbeziehungen mit Firmenkunden über einen standardisierten Prozess kaum möglich: Die vom Antragssteller deklarierten Kontrollinhaber durch die Einsichtnahme in das Verzeichnis der Inhaberaktiönäre bzw. in das Anteilsbuch oder öffentliche Transparenzregister verifizieren zu müssen, ist im Massengeschäft nicht praktikabel. Die unterschiedlichen Gesellschaftsformen und das anwendbare dreistufige Kaskadenprinzip machen es unmöglich, die verlangte materielle Verifizierung mittels eines standardisierten Prozesses durchzuführen.

2. Ausführungen zu einzelnen Bestimmungen der unterbreiteten Revisionsvorlage

Nachstehend finden sich zu ausgewählten Bestimmungen der Revisionsvorlage die Überlegungen und Anträge der SPA:

2.1 Artikel 9a E-GwV-FINMA (Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung)

Erläuterungen

Der mit der Revision unterbreitete Vorschlag für einen Art. 9a betreffend „Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung“ erfolgt als Reaktion auf die Einschätzung der FATF, dass die aktuelle Schweizer Regulierung nicht den FATF-Recommendations entsprechen würde. Entsprechend ist es notwendig – aber auch vollkommen ausreichend – die Formulierung der angepassten Schweizer Bestimmungen am Wortlaut der FATF-Recommendations auszurichten.

Die FATF verlangt in ihrer Empfehlung 10 und in den dazugehörigen Interpretive Notes allein eine Verifizierung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person (und nicht – wie in der Revisionsvorlage vorgesehen – die Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung). Dies ergibt sich in aller Deutlichkeit aus Abs. 4 lit. b der FATF-Empfehlung 10:

„Identifying the beneficial owner, and taking reasonable measures to verify the identity of the beneficial owner, such that the financial institution is satisfied that it knows who the beneficial owner is [...].“

Weiter führt die Interpretive Note to Recommendation 10 in Ziffer 5 lit. [b] aus:

„Identify the beneficial owners of the customer and take reasonable measures to verify the identity of such persons, [...].“

Und Fussnote 30 zu dieser Interpretive Note lautet:

„In determining the reasonableness of the identity verification measures, regard should be had to the money laundering and terrorist financing risks posed by the customer and the business relationship.“

Wenn die FINMA nun vorschlägt, dass der Finanzintermediär die wirtschaftliche Berechtigung selbst soll verifizieren müssen (anstelle der von der FATF verlangten Verifizierung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person), würde die Schweiz einerseits weiterhin nicht den FATF-Empfehlungen entsprechen und würde die FINMA andererseits für den Schweizer Finanzplatz höhere Anforderungen erlassen, als auf anderen (notabene FATF-konformen) Finanzplätzen gelten. Letzteres lässt sich dadurch belegen, dass andere Staaten – beispielsweise Singapur oder Italien – eine Verifizierung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person statuieren und in diesem Punkt die FATF-Länderprüfung bestanden haben.

Die FINMA beschreibt in ihrem Erläuterungsbericht (siehe Ausführungen in Ziffer 3.1.2.1., insbesondere in Absatz 5) plakativ, wie die Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung zu einer erheblichen Erweiterung der Abklärungspflichten führen würde. Aus diesen Ausführungen wird auch klar, dass die zusätzlichen Abklärungspflichten – ganz besonders für Kreditkartenherausgeber mit direkt abgeschlossenen Geschäftsbeziehungen – nicht Massengeschäft-tauglich sind. Diesen Kreditkartenherausgebern hilft es auch nichts, dass es im Massengeschäft mit Individualkunden möglich sein soll, „die Verifizierung standardmässig mittels Abgleich mit den übrigen im Kundenprofil erhobenen Angaben“ vorzunehmen. Der vorgeschlagene Artikel 9a E-GwV-FINMA würde den Schweizer Finanzintermediären damit nicht nur einen ungerechtfertigten und ganz erheblichen Mehraufwand auferlegen, sondern sie

auch im internationalen Kontext gegenüber Mitbewerbern deutlich benachteiligen. Die mit der vorliegenden Revision vorgeschlagene Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung würde im Massengeschäft jedweden zumutbaren Aufwand sprengen. Dies wird ganz besonders deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass sich die Anzahl der verwalteten Kundestämme bei verschiedenen Schweizer Finanzintermediären im Millionenbereich bewegt.

Gegen eine Pflicht zur standardmässigen Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung sprechen auch das Wesen bzw. das grundlegende Verständnis der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten: Die FATF-Empfehlungen verbieten anonyme und offensichtlich auf fiktive Namen lautende Konten (vgl. z.B. die FATF-Empfehlung 14). Um dieser Anforderung gerecht zu werden, besteht die Pflicht des Finanzintermediärs, den wirtschaftlich Berechtigten festzustellen. Bisher konnte dies durch einfache Erklärung des Kunden erfolgen. Die 2012 revidierten FATF-Empfehlungen verlangen nun, zumutbare Massnahmen zur Identitätsüberprüfung des wirtschaftlich Berechtigten zu treffen. Basierend darauf darf der Finanzintermediär überzeugt sein, den wirtschaftlich Berechtigten zu kennen.² Eine Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung ist nicht gefordert.

Die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten ist auch vor dem Hintergrund ausreichend, dass durch die vorangegangene Revision im Bereich GwG / GwV-FINMA festgelegt wurde, dass es sich beim wirtschaftlich Berechtigten in der Regel um eine natürliche Person handelt. Durch die seitens der FATF nun zusätzlich gestellte Anforderung der Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten ist sichergestellt, dass durch den Kunden keine Scheinperson deklariert wird und die Bank den wirtschaftlich Berechtigten durch Nachweis von dessen Identität kennt. Zudem ist die wirksame und effektive Personenüberprüfung im Bereich der elektronischen Transaktionsüberwachung und des Namematchings durch dann mittels Identifikation verifizierte Daten sichergestellt, wodurch die erfassten Daten die für eine wirksame Überprüfung des Namens erforderliche Qualität aufweisen.

Schliesslich ist hier – wie eingangs angesprochen – nochmals festzuhalten, dass es an der gesetzlichen Grundlage fehlt, um auf Verordnungsstufe die Pflicht einzuführen, dass der Finanzintermediär die wirtschaftliche Berechtigung verifizieren muss, weshalb die Swiss Payment Association die vorgeschlagene Regelung strikt ablehnt.

Konklusion und Antrag

Art. 9a E-GwV-FINMA (und mit ihm Art. 78a Abs. 1 GwV-FINMA) geht über die geltenden FATF-Anforderungen hinaus und entbehrt einer gesetzlichen Grundlage. Er ist daher inhaltlich neu zu fassen:

- Grundsatz, dass die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person zu verifizieren ist. Allerdings ist auch bei dieser inhaltlichen Neufassung zweifelhaft, ob es eine genügende gesetzliche Grundlage für die Verifizierung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person (über deren Feststellung hinaus) gibt.
- Anwendung eines risk based approach – und zwar sowohl für die Definition der Fälle, die eine Verifizierung der Identität erfordern, wie auch für die eigentlichen Verifizierungsmassnahmen.³

² Vgl. in diesem Sinne auch LIEBI/CONOD, Art. 4 Rz. 5, in KUNZ, JUTZI; SCHÄREN (Hrsg.), Geldwäschereigesetz, Bern 2017

³ Die Anwendung eines risk based approach ist ein fundamentales und von der FATF ausdrücklich anerkanntes Prinzip für die Ausgestaltung von AML/CFT-Massnahmen (siehe dazu „THE FATF RECOMMENDATIONS / A. AML/CFT POLICIES AND COORDINATION / 1. Assessing risks and applying a risk-based approach“).

Die SPA beantragt daher, Art 9a E-GwV-FINMA wie folgt neu abzufassen:

Art. 9a Verifizierung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten

Der Finanzintermediär verifiziert die Identität des wirtschaftlich Berechtigten.

Er geht betreffend Ermittlung der Geschäftsbeziehungen, bei denen die Identität des wirtschaftlich Berechtigten zu verifizieren ist, und betreffend Massnahmen zur Identifikation risikobasiert vor.

Die Identität von wirtschaftlich Berechtigten an nicht börsenkotierten Sitzgesellschaften ist mittels eines amtlichen Ausweises zu verifizieren. Es muss sich dabei nicht um echtheitsbestätigte Kopien handeln.

2.2 Artikel 9b E-GwV-FINMA (Abklärungen bei Sitzgesellschaften)

Erläuterungen

Im Erläuterungsbericht (S. 17 f.) wird ausgeführt, dass der neu vorgesehene Art. 9b eingefügt werde, weil sich Finanzintermediäre der Risiken in Zusammenhang mit der Verwendung von Sitzgesellschaften nicht immer genügend bewusst seien. Dementsprechend stehe die neue Bestimmung in engem Zusammenhang mit der Präzisierung des Kriteriums "Komplexität der Strukturen" in Art. 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA. Dabei würden nicht alle Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken darstellen. Um einschätzen zu können, ob die Verwendung einer Sitzgesellschaft ein Indiz für das Vorliegen einer Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken sei oder nicht, müsse der Finanzintermediäre die Gründe für die Verwendung der Sitzgesellschaft kennen. Deshalb werde in Artikel 9b E-GwV-FINMA die Pflicht statiert, wonach der Finanzintermediäre die Gründe für die Verwendung der Sitzgesellschaft abzuklären habe. Gleichzeitig hält die FINMA fest, dass die Abklärungspflicht in Art. 9b GwV-FINMA keine Neuerung darstelle, sondern bloss geltendes Recht präzisiere. Finanzintermediäre seien gemäss Art. 6 Abs. 1 GwG schon heute verpflichtet, den Zweck der von der Vertragspartei gewünschten Geschäftsbeziehung zu identifizieren.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist die SPA der Auffassung, dass auf Art. 9b E-GwV-FINMA ersatzlos verzichtet werden kann. Gemäss dem ergänzten Art. 13 Abs. 2 lit. h Ziff. 5 E-GwV-FINMA gelten als Kriterium für Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko die "Komplexität der Strukturen, insbesondere durch Verwendung einer Sitzgesellschaft ohne offensichtlich nachvollziehbaren Grund". Dies erfordert unabdingbar, dass die Verwendung einer Sitzgesellschaft nicht nur erkannt wird, sondern auch, dass der Grund für die Verwendung einer Sitzgesellschaft bekannt sein muss.

Konklusion und Antrag

Art. 9b E-GwV-FINMA kommt keine Bedeutung zu. Dem von der FINMA verfolgten Anliegen wird mit der vorgeschlagenen Ergänzung bzw. Präzisierung von Art. 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA bereits umfassend Rechnung getragen.

Die SPA beantragt daher:

Verzicht auf Art. 9b E-GwV-FINMA.

2.3 Artikel 9c, Artikel 26 Absatz 2 lit. I sowie Artikel 78a E-GwV-FINMA (Aktualisierung der Kundeninformationen)

Erläuterungen

Die Pflicht zur Aktualisierung der Kundeninformationen, die nach Ansicht der FATF auch ereignisunabhängig zu erfolgen hat, soll für alle Geschäftsbeziehungen gelten – auch für solche mit niedrigem oder normalem Risiko und insbesondere auch für solche, die bei Inkrafttreten der Bestimmung zur Aktualisierung der Kundeninformationen (Art. 9c E-GwV-FINMA) schon bestanden haben. Mit „Kundeninformationen“ sollen dabei sämtliche von Finanzintermediären im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten nach der GwV-FINMA zu erhebenden Informationen und Dokumente zu einzelnen Geschäftsbeziehungen gemeint sein. Dazu gehörten gemäss den Ausführungen im Erläuterungsbericht auch Dokumenten und Informationen zu den wirtschaftlich berechtigten Personen. In diesem Zusammenhang wird in Art. 78a Abs. 1 E-GwV-FINMA festgehalten, dass die neu zur Einführung vorgesehene Pflicht zur Dokumentierung der Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung (bzw. im Sinne der SPA: „der Verifizierung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten“) nicht nur für Geschäftsbeziehungen gelten soll, die ab Inkrafttreten der Bestimmung neu eingegangen werden, sondern auch für solche, die bei Inkrafttreten schon bestanden haben. Die Dokumentierung der Verifizierung habe für diese Geschäftsbeziehungen dann zu erfolgen, wenn im Laufe der Geschäftsbeziehung eine erneute Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person erforderlich sei sowie im Rahmen der periodischen ereignisunabhängigen Aktualisierung der Kundeninformationen. Diese Anforderung würde auf eine Rückwirkung neuer Sorgfaltspflichten des GwG hinauslaufen, was angesichts der Übergangsbestimmung von Art. 42 GwG ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht zulässig ist.

Die in Art. 9c E-GwV-FINMA vorgesehene Regelung könnte vom Wortlaut her noch so gesetzeskonform verstanden werden, dass diejenigen Kundendaten aktualisiert werden müssen, die zum Zeitpunkt von deren Erhebung aufgrund der damals geltenden Sorgfaltspflichten verlangt waren (also keine Nacherhebung von Kundeninformationen aufgrund neu geltender Sorgfaltspflichten). Nicht mehr gesetzeskonform angelegt ist indessen Art. 78a E-GwV-FINMA, welcher im vorgelegten Umfang einer gesetzlichen Grundlage entbehrt: Nach Auffassung der Swiss Payment Association gibt es keine gesetzliche Bestimmung, welche den Finanzintermediär verpflichten würde, bei Geschäftsbeziehungen, bei denen die Vertragspartei oder wirtschaftlich berechtigte Person bislang nicht oder nicht nach den heute geltenden Bestimmungen identifiziert oder festgestellt wurde, die Identifikation der Vertragspartei oder die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person im Rahmen der Aktualisierung der Kundeinformation nachzuholen.

Hinzu kommt, dass eine erneute Identifikation und Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 5 GwG nur anlassbezogen zu erfolgen hat, nämlich dann, wenn beim Finanzintermediär Zweifel auftauchen. Für eine periodische ereignisunabhängige Aktualisierung der Kundeninformationen inkl. Nacherhebungen aufgrund neu geltender Sorgfaltspflichten gibt es keine gesetzliche Grundlage. Vielmehr schweigt das Gesetz dazu qualifiziert. Wollte man eine derartige ereignisunabhängige Aktualisierung der Kundeninformationen installieren, wäre dafür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen – und das entweder durch eine originäre Bestimmung im GwG oder durch Anpassung von Art. 5 GwG. Nur so könnte eine ereignisunabhängige Aktualisierung der Kundendaten gemäss den ab 1.1.2016 geltenden Sorgfaltspflichten für die Finanzintermediäre rechtlich korrekt bzw. bindend ausgestaltet werden.

Sollten die gesetzlichen Grundlagen für die Rückwirkung von neuen Sorgfaltspflichten geschaffen werden, wäre gleichzeitig soweit wie möglich dafür zu sorgen, dass diese Rückwirkung von den Finanzintermediären überhaupt umgesetzt bzw. bewältigt werden könnte. Die Ausführungen der FINMA im Erläuterungsbericht zur vorgelegten GwV-FINMA-Teilrevision zeigen zwar, dass die Neukonzeption Auswirkungen auf die Finanzintermediäre haben würde. Jedoch werden diese Auswirkungen nach Einschätzungen der SPA zu zurückhaltend dargestellt. Gerade für die Aktualisierung der Kundeninformationen bei bestehenden Geschäftsbeziehungen wären unverhältnismässig grosse personelle, finanzielle und zeitliche Ressourcen nötig. Sollte der Gesetzgeber dennoch eine Rückwirkung von neuen Sorgfaltspflichten vorsehen, wäre es unabdingbar, dass den Finanzintermediären bei der Art und Weise der Dokumentation der Verifizierung bzw. bei der Aktualisierung der Kundeninformationen grösstmögliche Flexibilität belassen und dass ihnen eine lange Übergangsfrist zugestanden würde.

Konklusion und Antrag

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage und der drastischen Auswirkungen der vorgesehenen Bestimmungen ist auf die Artikel 9c, 26 Abs. 2 lit. I sowie 78a E-GwV-FINMA zu verzichten.

Die SPA beantragt daher:

Verzicht auf Artikel 9c, 26 Abs. 2 lit. I sowie 78a E-GwV-FINMA

Eventualiter ist eine grundlegende Anpassung von Art. 9c E-GwV-FINMA vorzunehmen (unter Verzicht auf die Artikel 26 Abs. 2 lit. I sowie 78a E-GwV-FINMA). Dabei wären folgende Eckwerte zu berücksichtigen:

- Eine generelle Aktualisierungspflicht der KYC-Daten geht über die vom GwG geforderten Pflichten hinaus und entbehrt damit einer gesetzlichen Grundlage. Allein schon deshalb ist auf sie zu verzichten.
- Eine Pflicht, alle Geschäftsbeziehungen – inklusive solche mit Normalrisiko oder gar mit sehr geringem Risiko – ereignisunabhängig periodisch einer Überprüfung und Aktualisierung zu unterziehen, ist auch mit dem fundamentalen FATF-Prinzip eines "risk based approach", nicht vereinbar.⁴
- Zumindest für Normalrisikokunden muss daher eine weitere Differenzierung stattfinden, wobei für die Auswahl der Kriterien (und mit Blick auf das eigentliche Risiko von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung) beispielsweise auf die Art der vom Kunden verwendeten Produkte und Dienstleistungen sowie auf Art und Ausmass der Verwendung dieser Produkte abgestellt werden soll.

Die SPA schlägt daher bezüglich Art. 9c – eventualiter zu einem Verzicht – vor:

⁴ Die Interpretive Note zu Recommendation 10 stipuliert in Ziffer 23: " Financial institutions should be required to ensure that documents, data or information collected under the CDD process is kept up-to-date and relevant by undertaking reviews of existing records, particularly for higher-risk categories of customers." Dies bringt deutlich zum Ausdruck, dass nicht nur bezüglich der Massnahmen ein risk based approach angewendet werden kann, sondern auch bezüglich der Kundensegmente, für die zusätzlich zur anlassbezogenen auch eine ereignisunabhängige Überprüfung erfolgen soll.

Art. 9c Aktualisierung der Kundeninformationen

Der Finanzintermediär aktualisiert die Informationen über seine Geschäftsbeziehungen regelmässig.

Er geht bezüglich der Massnahmen risikobasiert vor.

Der regelmässigen Aktualisierungspflicht unterliegen alle Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken. Bei anderen Geschäftsbeziehungen geht der Finanzintermediär risikobasiert vor.

2.4 Artikel 10 Absatz 1^{bis} E-GwV-FINMA (Angaben bei Zahlungsaufträgen)

Erläuterungen

Der in Art. 10 Abs. 1^{bis} E-GwV-FINMA im Zusammenhang mit Angaben zum Begünstigten enthaltene Begriff "vollständig" kann missverständlich sein und im Sinne von Verifikation der Angaben verstanden werden, was im modernen Zahlungsverkehr jedoch nicht möglich ist (und im Erläuterungsbericht auf Seite 22 auch entsprechend anerkannt wird: „Bei den Angaben zur begünstigten Person wird vom Finanzintermediär der Auftraggeberin oder des Auftraggebers keine Richtigkeitsprüfung verlangt; es genügt eine Vollständigkeitsprüfung.“).

Weiter läuft der in Art. 10 Abs. 1^{bis} E-GwV-FINMA enthaltene Begriff "zutreffend" auf eine Einzelfallprüfung der Richtigkeit der erfassten Kundendaten hinaus. Eine solche Einzelfallprüfung wäre in der Praxis unmöglich realisierbar. Sie ist aber auch keinesfalls nötig: Die bestehenden Sorgfaltspflichten sollen ja bereits bei Identifizierung und bei Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten die Korrektheit der Daten sicherstellen. Zudem muss nach der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16) auch bereits die effektive Wohnsitzadresse erfasst werden. Eine erneute Prüfung der Korrektheit der Angaben bei jedem Zahlungsauftrag ginge daher entschieden zu weit.

Konklusion und Antrag

Art. 10 Abs. 1^{bis} E-GwV-FINMA ist bezüglich der Angaben zur Auftraggeberin/zum Auftraggeber und zur begünstigten Person anzupassen.

Die SPA beantragt, Art. 10 Abs. 1^{bis} E-GwV-FINMA wie folgt zu fassen:

Abs. 1^{bis} Der Finanzintermediär stellt sicher, dass die Angaben zur Auftraggeberin oder zum Auftraggeber ~~zutreffend und~~ vollständig und die Angaben zur begünstigten Person ~~vollständig~~ vorhanden sind.

2.5 Artikel 12 Absätze 1 und 2 GwV-FINMA (Vereinfachte Sorgfaltspflichten für Herausgeberinnen und Herausgeber von Zahlungsmitteln)

Erläuterungen

Ausgehend von unterschiedlichen Geschäftsmodellen und unterschiedlichen Geldwäscherei-Risiken bei den vertriebenen Produkten behandelt der Regulator Herausgeberinnen und Herausgeber von Zahlungsmitteln begründeterweise anders als Banken und Vermögensverwalter. Seit der Unterstellung der Kartenindustrie unter das GwG 2003 (Umsetzung per 1. August 2004) hat die FINMA der Kartenindustrie vereinfachte Sorgfaltspflichten zugestanden und damit das im Vergleich zu anderen Finanzintermediären (Banken, Vermögensverwalter) tiefere Geldwäscherei-Risiko berücksichtigt. Diese Konzeption gilt es hinsichtlich der mit der aktuellen GwV-FINMA-Revision beabsichtigten Einführung neuer allgemeiner Sorgfaltspflichten (z.B. Art. 9a oder 9c E-GwV-FINMA) fortzusetzen.

Konklusion und Antrag

Die Absätze 1 und 2 von Artikel 12 GwV-FINMA sind an die beabsichtigte Einführung neuer allgemeiner Sorgfaltspflichten anzupassen.

Die SPA beantragt, Art. 12 Abs. 1 und 2 GwV-FINMA wie folgt zu ergänzen:

Art. 12 Abs. 1 lit. a Die Bank gibt der Herausgeberin oder dem Herausgeber des Zahlungsmittels die Angaben über die Identität der Vertragspartei, der Kontrollinhaberin oder des Kontrollinhabers und der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person bekannt. Die Bank bestätigt dabei die Einhaltung von Art. 9a.

Art. 12 Abs. 1 lit. b Die Bank teilt der Herausgeberin oder dem Herausgeber des Zahlungsmittels mit, ob es sich bei der Vertragspartei, bei der Kontrollinhaberin oder dem Kontrollinhaber oder bei der an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person um eine politisch exponierte Person handelt und ob der Geschäftsbeziehung eine Sitzgesellschaft zu Grunde liegt. Der Grund für die Verwendung einer Sitzgesellschaft wird dabei durch die Bank mitgeteilt.

Art. 12 Abs. 2 Die Herausgeberin oder der Herausgeber von Zahlungsmitteln muss für direkt abgeschlossene und auf dem Korrespondenzweg eröffnete Geschäftsbeziehungen keine Echtheitsbestätigung für Kopien von Identifikationsdokumenten einholen und keine Verifizierung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten vornehmen, sofern:

2.6 Artikel 13 Absatz 2 lit. c^{bis} E-GwV-FINMA (Vermittlung oder Betreuung der Geschäftsbeziehung durch andere Dienstleister als Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken)

Erläuterungen

Der Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 lit. c^{bis} E-GwV-FINMA ist zu weit gefasst, bezieht er doch die bewährten und gestatteten Delegationen der Erfüllung von Sorgfaltspflichten mit ein. Dies ist keineswegs die Meinung der FATF, wie eine Lektüre des Länderberichtes an den von der FINMA angegebenen Stellen aufzeigt. Ebenso wenig will die FINMA selbst die geregelten Delegationen als erhöhte Risiken bezeichnen, wie ihre Ausführungen im Erläuterungsbericht aufzeigen.

Die Delegierten sind vom Finanzintermediär sorgfältig auszuwählen, auszubilden und zu überwachen. Dies im Gegensatz zu den lediglich Geschäfte zuführenden Drittpersonen (wo dies nicht der Fall ist). Es gilt deshalb in der GwV-FINMA zu unterscheiden, ob Dritte mit Blick auf die in Frage stehende Geschäftsbeziehung Bestandteil des GwG-Abwehrdispositivs sind oder nicht. Im ersteren Falle, also bei den zulässigen und geregelten Delegationen, kann nicht generell von einem erhöhten Risiko gesprochen werden bzw. diese Fälle können kein Kriterium für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken sein. Das gleiche gilt, wenn Dritte in Zusammenhang mit den vermittelten oder betreuten Geschäftsbeziehungen als Finanzintermediär selbst der GwG-Aufsicht unterstehen. Der Grundsatz, dass sich ein Finanzintermediär nicht auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten eines anderen Finanzintermediärs verlassen darf, sondern seine Sorgfaltspflichten selbst zu erfüllen hat, wird dadurch nicht tangiert und bleibt aufrecht erhalten.

Konklusion und Antrag

Art. 13 Abs. 2 lit. c^{bis} E-GwV-FINMA ist zu präzisieren bzw. vom Wortlaut her enger zu fassen.

Die SPA beantragt daher, Art. 13 Abs. 2 lit. c^{bis} E-GwV-FINMA wie folgt zu ergänzen:

Abs. 2 lit. c^{bis} Vermittlung oder Betreuung der Geschäftsbeziehung durch andere Dienstleister, welche im Rahmen der vermittelten oder betreuten Geschäftsbeziehung selbst nicht einer angemessenen Regelung und Aufsicht in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung unterstehen oder nicht im Sinne von Art. 28 GwV-FINMA als Delegierte des Finanzintermediärs tätig sind.

2.7 Artikel 13 Absatz 2 lit. h E-GwV-FINMA (Komplexität der Strukturen, insbesondere durch die Verwendung einer Sitzgesellschaft, als Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken)

Erläuterungen

Die Ziffern 2 und 6 von Artikel 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA sind mit Blick auf die Realität zu wenig differenziert.

Ziffer 2 von Artikel 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA ist in der vorgeschlagenen Formulierung zu weit gefasst. Der Wortlaut „Verwendung einer Sitzgesellschaft im Zusammenhang mit einem Unternehmen“ würde auch viele harmlose Konstellationen umfassen wie z.B. reputable, kotierte Firmen, die aus nachvollziehbaren Gründen eine Sitzgesellschaft verwenden.

Ziffer 6 von Artikel 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA ist in der vorgeschlagenen Formulierung nicht praktikabel. Der Wortlaut „Verwendung einer Sitzgesellschaft zwecks kurzzeitiger Vermögensplatzierung“ ist zu weit gefasst, da in der Praxis oft nicht vorweg erkennbar ist, ob eine Sitzgesellschaft dereinst zur kurzzeitigen Vermögensplatzierung verwendet wird oder nicht.

Konklusion und Antrag

Im Interesse der Rechtssicherheit sind die Ziffern 2 und 6 von Artikel 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA enger bzw. präziser zu formulieren.

Die SPA beantragt daher, die Ziffern 2 und 6 von Artikel 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA wie folgt zu ergänzen:

Abs. 2 lit. h Ziff. 2 2. in Zusammenhang mit einem Unternehmen und ohne offensichtlich nachvollziehbaren Grund,

Abs. 2 lit. h Ziff. 6 6. zwecks kurzzeitiger Vermögensplatzierung, sofern dies bei der Etablierung der Geschäftsbeziehung erkennbar ist;

2.8 Artikel 13 Absatz 2^{bis} E-GwV-FINMA (Pflicht des Finanzintermediärs, für die Kriterien einzeln deren Relevanz festzuhalten)

Erläuterungen

Die vorgeschlagene Anforderung, dass der Finanzintermediär aufgrund seiner periodischen Risikoanalyse für alle Kriterien einzelnen festhalten soll, ob sie für seine Geschäftsaktivitäten von Relevanz sind, führt zu Mehraufwand und zu einer Zunahme der Dokumentation, jedoch nicht zu einer Verbesserung der Prävention. Sie ist daher nicht sinnvoll.

Es genügt vollauf, wenn die einschlägigen Kriterien in internen Weisungen der Finanzintermediäre erfasst sind. Aus der in Fussnote 34 des Erläuterungsberichtes zitierten Passage des Länderberichts der FATF geht denn auch nichts anderes hervor, als dass die Finanzintermediäre insbesondere bei Tätigkeiten mit erhöhtem Geldwäschereirisiko (zum Beispiel im Private Banking) und einer grossen Kundschaft eine genügend detaillierte Anzahl von Risikokategorien zu schaffen haben.

Konklusion und Antrag

Auf die Verpflichtung des Finanzintermediärs, für die Kriterien von Art. 13 E-GwV-FINMA einzeln deren Relevanz für die eigenen Geschäftsaktivitäten festzuhalten, ist zu verzichten.

Die SPA beantragt daher, Art. 13 Abs. 2^{bis} E-GwV-FINMA wie folgt zu vereinfachen:

Der Finanzintermediär ~~hält aufgrund seiner periodischen Risikoanalyse für diese Kriterien je einzeln fest, ob sie für seine Geschäftsaktivitäten relevant sind. Er~~ konkretisiert die ~~relevanten~~ Kriterien, welche für seine Geschäftsaktivitäten relevant sind, in internen Weisungen und berücksichtigt sie für die Ermittlung seiner Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken.

2.9 Artikel 31 E-GwV-FINMA (Zweifelhafte Geschäftsbeziehungen und Melderecht)

Erläuterungen

Die FATF hat in ihrem Länderbericht eine Klärung der Unterscheidung zwischen Melderecht und Meldepflicht verlangt, nicht aber eine Senkung der Schwelle zur Annahme eines begründeten Verdachts. Genau das würde jedoch durch die vorgeschlagenen Streichungen der Absätze 1 und 3 in Artikel 31 GwV-FINMA bewirkt.

Die Streichung der Absätze 1 und 3 von Art. 31 GwV-FINMA wird von der FINMA unter Verweis auf eine Rechtsprechung zum Meldewesen vorgeschlagen. Die FINMA nimmt Bezug auf ein Urteil des Bundesstrafgerichtes vom 16. März 2015 (SK.2014.14), auf das Bundesgerichtsurteil 6B_305/2015, welches in der gleichen Sache erging, sowie auf den Jahresbericht 2016 der MROS. Sie leitet daraus ab, dass ein begründeter Verdacht gemäss Art. 9 GwG schon dann vorliege, wenn ein entsprechender Anfangsverdacht durch Abklärungen nach Art. 6 GwG nicht ausgeräumt werden könne.

Das Bundesgerichtsurteil 4A_313/2008, auf welches das Bundestrafgericht seine Ausführung stützte, erging in einer Zivilsache. Es hatte einen Genugtuungsanspruch einer im Vermögensverwaltungsgeschäft tätigen Person zu beurteilen, den diese nach einer erfolgten Meldung eines Casinos gegen dieses geltend machte. In Erwägung 4.2.2.3 setzte sich das Bundesgericht nicht vertieft mit dem Begriff des begründeten Verdachts auseinander. Das vom Bundesstrafgericht hervorgehobene Zitat erscheint als ein obiter dictum, mit welchem das Bundesgericht nach Einschätzung der SPA keine eigene Praxis begründen wollte (siehe dazu auch die vertiefte Analyse des Urteils im soeben erschienenen Kommentar zum Geldwäschereigesetz, SHK – Roland Luchsinger, Art. 9 GwG, N 33 ff.).

Das Bundesgericht hatte sich auf Beschwerde gegen das Urteil des Bundesstrafgerichtes hin nicht mehr mit dem Begriff des begründeten Verdachts auseinanderzusetzen, wie eine Lektüre des Urteils 6B_305/2015 zeigt. Es ist deshalb unzulässig, von einer Bundesgerichtspraxis zum Begriff des begründeten Verdachts gemäss Art. 9 GwG in dem Sinne zu sprechen, dass eine Meldepflicht schon bei einem einfachen Verdacht entstehe.

Eine solche Gerichtspraxis würde im Übrigen auch dem Wortlaut von Art. 9 GwG widersprechen, welcher ausdrücklich einen begründeten (und eben nicht einen einfachen) Verdacht verlangt. FINMA und MROS nehmen das Urteil denn auch nicht wörtlich, sondern entwickeln daraus eine neue Konstruktion, wonach eine Meldepflicht bestehe, wenn ein Anfangsverdacht trotz Abklärungen gemäss Art. 6 GwG nicht ausgeräumt werden könne. Aber auch dieses Konstrukt widerspricht dem Gesetzeswortlaut in Art. 305bis StGB und in Art. 9 GwG, der eine Meldepflicht erst bei begründetem Verdacht vorsieht (vgl. hierzu wiederum SHK – Roland Luchsinger, Art. 9 GwG N 28 ff.).

Konklusion und Antrag

Solange die Abstufung von Melderecht und Meldepflicht im Gesetz vorgesehen ist, kann das Konstrukt der FINMA (Proklamation einer Meldepflicht, wenn ein Anfangsverdacht trotz Abklärungen gemäss Art. 6 GwG nicht ausgeräumt werden könne) keine Geltung beanspruchen. Es ist daher auf die vorgeschlagenen Streichungen der Absätze 1 und 3 von Art. 31 GwV-FINMA zu verzichten.

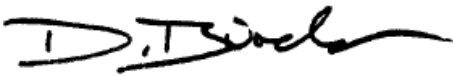
Die SPA beantragt:

Verzicht auf die Aufhebung der Absätze 1 und 3 von Art. 31 GwV-FINMA.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Ausführungen sowie für die Berücksichtigung unserer Überlegungen und Anträge. Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen, zur Erläuterung oder Präzisierung unserer Eingaben sowie für eine weitere Zusammenarbeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Payment Association



Dr. Daniel Burchler
Präsident



Dr. Thomas Hodel
Geschäftsführer