

NEWSLETTER MÄRZ 2018

Agenda 2018-2020: Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.

Big wave for the regulator and high costs with low effectiveness for the financial intermediaries?



Das 4. Länderexamen der FATF wies gegenüber der Schweiz im Bereich der «Technical Compliance» nur eine partielle Erfüllung der Compliance Vorgaben aus (Länderbericht Schweiz 2016). Die Schweiz muss zur Erreichung der Anforderungen an «largely compliant» spätestens bis 1. Januar 2020 neue Bestimmungen (im GwG) in Kraft gesetzt haben.

Ausgangslage und Entwicklungsmöglichkeiten mit Sparpotential

Bei vier von elf Themenbereichen im Rahmen des FATF-Länderexamins wurde der Schweiz eine „mässige Wirksamkeit“ attestiert (vgl. insight Nr. 4.16 der SBA vom 14.12.2016). Zur Verbesserung des bisherigen Status „partly compliant“ auf mindestens „largely compliant“ im Bereich der „Customer Due Diligence“ („CDD“) werden verschiedene Varianten von Teilrevisionen der gesetzlichen und regulatorischen Grundlagen diskutiert. Der ursprüngliche Fahrplan sah eine Überarbeitung der GwV-FINMA und der VSB (als VSB 19) mit Inkrafttreten auf den 1.1.2019 bzw. Mitte 2019 vor. Im Rahmen der Anhörung zur GwV-FINMA kristallisierten sich vor allem die Punkte „Verifizierung des WB/KO“ und die „Aktualisierung der Kundeninformationen“ als für die praktische Umsetzung strittige und wenig zielführende Anforderungen heraus. Die für die Umsetzung des Länderberichts massgebenden Regelungen sollen entsprechend der Vorstellung der FINMA zur besseren Akzeptanz der Rechtsgrundlage unmittelbar im GwG mit Federführung durch das SIF erfolgen.

Mit einem Inkrafttreten des geänderten GwG ist daher auf den 1.1.2020 zu rechnen. Von einer Revision der Sorgfaltspflichten betroffen sind – je nach Ausgestaltung bzw. Konkretisierung im GwG – auch die GwV-FINMA und die VSB (Version VSB 20). Auch dafür soll der späteste Termin für die Inkraftsetzung der 1.1.2020 sein. Der zeitliche Druck besteht gegenüber der FATF

Wesentliche bevorstehende Änderungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) bzw. im Geldwäschereigesetz (GwG):

- Verifizierung statt Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (WB) / des Kontrollinhabers (KO)
- Abklärung über die Gründe der Verwendung von Sitzgesellschaften
- Regelmässige Aktualisierung der Informationen über sämtliche Geschäftsbeziehungen

für die Schweiz darin, den nicht befriedigenden Status verlassen zu können und dies auch durch geänderte Normen zu rechtfertigen.

Die vorgesehenen Anforderungen nach mehr Transparenz, Kontrollprozessen und zusätzlich zu erhebenden Daten bei Kunden bzw. Dritten (CDD) werden je nach gesetzlicher Ausgestaltung einen (erheblichen) wiederkehrenden Zusatzaufwand und damit weitere Kosten verursachen. Ein Effizienzgewinn kann allein mit der Umsetzung dieser Massnahmen nicht erwartet werden. Die verbleibende Zeit bis zum voraussichtlichen Inkrafttreten der Änderungen kann sinnvoll zur Optimierung von Prozessen und für kostensenkende Massnahmen genutzt werden. Es gilt, bisher isolierte („on-boarding“) Prozesse zwischen Finanzintermediär (FI) und Kunde bestmöglich zusammenzuführen (zentrale Ablauforganisation mit „single point of entry“) und die Datenerfassung sowie die für Kunden und FI notwendigen Formulare sowie Entscheidungshilfen IT-basiert, das heisst, in einem elektronischen work-flow aufzusetzen. Die Entwicklungen im Bereich „RegTech“ werden in naher Zukunft solche technisch intelligenten Möglichkeiten aufzeigen bzw. im Markt anbieten. Zur gültigen Implementierung solcher „RegTech-Lösungen“ braucht es liberale, weitsichtige Grundlagen des Gesetzgebers und einen Regulator (hier FINMA), der dem technologischen Wandel in der Finanzindustrie grundsätzlich offen gegenübersteht und für IT-basierte Lösungen auch den aufsichtsrechtlich notwendigen Raum lässt.



In welche Richtung führt der laufende Gesetzgebungsprozess zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung? - Detaillierte Sorgfaltspflichten in der GwV-FINMA und der VSB 20 oder eine prinzipienbasierte „High Level“-Anpassung des GwG mit Verzicht auf weitere Präzisierungen? Das Vertrauen in die Akteure rechtfertigt eine Umsetzung nach dem „High Level“-Prinzip.

Die wesentlichen Änderungen der FINMA (Übersicht) und Kommentare

Art. 9a E-GwV-FINMA: „Der Finanzintermediär verifiziert anhand risikobasierter Massnahmen, ob die als wirtschaftlich berechtigt angegebene Person tatsächlich die wirtschaftlich berechtigte Person ist“.

Kommentar

Die bisherige Praxis der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person („Beneficial Owner“) nach den Vorgaben von Art. 4 GwG als Rahmengesetz durch Abgabe einer schriftlichen (urkundlichen und damit strafrechtlich relevanten) Erklärung des Kunden gegenüber dem FI und die damit abgegebene Vermutung der Richtigkeit dieser Angaben reicht nach der einseitigen Vorstellung der FATF bzw. des mit der Prüfung betrauten Gremiums allein nicht aus. Das bisherige GwG äussert sich nicht zum Thema der Verifizierung der Angaben über den Beneficial Owner (BO). Eine gehörige Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (BO) soll künftig zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten (vgl. Titel „4. Kapitel“ E-GwV-FINMA) eine Verifizierung durch den FI anhand risikobasierter Massnahmen („reasonable measure to verify“) beinhalten. Die Verifizierung des BO bringt in analoger Form eine Verifizierung des Kontrollinhabers gemäss der Definition von Art. 2 lit. f GwV-FINMA (bei Banken Feststellung auf dem Form. K).

Die Anforderungen an die „Customer Due Diligence“ wie auch das Thema der „Aktualisierung der Kundeninformationen“ (siehe nachstehend unter Art. 9c E-GwV-FINMA) müssen im Sinne der Rechtssicherheit und als klare Rechtsgrundlage für sämtliche eingebundenen Akteure primär verbindlich im GwG verankert werden (Aufgabe des Gesetzgebers). Ein solches Vorgehen erhöht auch die Akzeptanz des Schweizer AML-Regelwerks im Ausland. An dieser Stelle kann die Frage offenbleiben, wie weit das Modell des GwG als Rahmengesetz mit zunehmender Konkretisierung noch in dieser Form Bestand haben wird (Reduk-

tion der Parallelregulierung). Bei einer Regelung dieser Anforderungen über das GwG kann je nach konkreter Ausgestaltung nicht ausgeschlossen werden, dass es in der GwV-FINMA oder der VSB dazu keine Ausführungsbestimmungen mehr braucht.

Allein das Einfordern einer zusätzlichen Ausweiskopie bzw. eines Auszugs vom Handelsregister vom BO kann zwar formell darlegen, dass der auf der Erklärung angegebene BO als Person grundsätzlich existiert (solange kein Todesfall eingetreten bzw. eine Löschung im Handelsregister erfolgt ist), erläutert damit aber noch nicht den inneren Zusammenhang zwischen den Vermögenswerten des Kunden und der wirtschaftlichen Berechtigung durch den Kunden selbst oder durch den bzw. die auf dem Formular angegebenen Dritten (bei Banken: Formular A und übrige Formulare mit Angaben zum BO). Eine risikobasierte Verifizierung erfordert in dieser Hinsicht eine Aktennotiz des FI über den Grund der wirtschaftlichen Verfügungsmacht des BO über das von der Prüfung betroffene Kundenvermögen. Ansprechpartner für den FI ist, aufgrund des bestehenden direkten Vertragsverhältnisses stets der Kunde, nicht ein BO, sofern Drittperson.

Aus der Aktennotiz (auch in elektronischer Form zulässig) muss sich unmittelbar die Tatsache der Richtigkeit der Angaben über den BO ergeben. Je nach Risikogewichtung der Geschäftsbeziehung erfolgen diese Angaben mittelbar über zusätzliche Urkunden. Diese Dokumente können insbesondere rechtliche Gründe wie besondere Vertretungs- oder Darlehensverhältnisse oder dergleichen zweifelsfrei darlegen. Unter Berücksichtigung eines risikobasierten Ansatzes ist nebst der schriftlichen verurkundeten Erklärung nicht zwingend ein zusätzliches Beweisdokument erforderlich. Eine einfache plausible Erklärung (das heisst, für Dritte nachvollziehbar und in sich schlüssig), ohne zusätzliche beweiskräftigen Dokumente, muss innerhalb der Kategorie der „Normal-Risikokunden“ nach einem risikobasierten Ansatz diesen neuen Anforderungen genügen. Dies setzt allerdings voraus, dass der FI über die dazu erforderlichen Informationen des Kunden verfügt („Customer Due Diligence“).

Es steht dem FI frei, dazu auch zusätzliche Formulare zu erstellen, welche diesen Vorgang festhalten oder diese zusätzlichen Abklärungen direkt in bestehende Formulare zu integrieren („einheitlicher und prozessorientierter work flow“). Ein risikobasiertes Vorgehen bedeutet aber auch, dass bei festgestellten Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken gemäss Art. 13 E-GwV-FINMA („GmeR“), namentlich Kunden, Kontrollinhaber (vgl. Art. 2 lit. f GwV-FINMA) oder BO mit Wohnsitz in einem von der FATF als „High Risk“ oder nicht kooperativ betrachteten Land, eine bloss e einseitige Aktennotiz des FI zur Verifizierung der erhaltenen Angaben kaum genügen wird. In diesem Sinne müsste der Kunde konkret und für Dritte nachvollziehbar den Zusammenhang zwischen den auf seinen Namen beim FI eingebuchten Vermögenswerten und der daran wirtschaftlich berechtigten Person dokumentieren lassen (z.B. durch Verträge, die schlüssig belegen, dass der Kunde an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist).

Zwischenfazit

Die Einteilung der Geschäftsbeziehungen in Risikokategorien gewinnt aufgrund der gesetzgeberischen Entwicklung des „Risk based approach“ von einer „Best practice“ zur eigentlichen gesetzlichen Verankerung zunehmend an Bedeutung. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Bildung von Risikokategorien keinem vorgegebenen strengen Modell folgt, sondern der FI verpflichtet ist, sein konkretes Geschäftsmodell zu Grunde zu legen und dabei aufgrund der angebotenen Dienstleistungen und Produkte (im In- und Ausland, inkl. Berücksichtigung des AML Modells gleichwertiger Länder und nicht kooperativer Staaten) Risikobetrachtungen durchzuführen (zum Vorgehen vgl. Handkommentar zum GwG-BASSE, Art. 6 N 12 ff., Bern 2017).

Art. 9a E-GwV-FINMA: „Der Finanzintermediär klärt die Gründe für die Verwendung von Sitzgesellschaften ab“.

Kommentar

Die Verwendung von Sitzgesellschaften (vgl. Art. 2 lit. a GwV-FINMA) wird aufgrund des Missbrauchspotentials zur Anonymisierung von Vermögenswerten, der Entkoppelung des Vermögens vom ursprünglichen rechtlichen Eigentümer und dem Zuführen eines eigenen Steuerdomizils an Orten mit tiefen Steuersätzen als Hindernis für eine Steuerehrlichkeit verstanden. Die Öffentlichkeit wurde insbesondere im Rahmen der Panama Papers auf die weltweiten Ausmasse und den möglichen Missbrauch solcher Finanzvehikel bzw. Briefkastenfirmen an Offshore-Plätzen wie den B.V.I oder den Seychellen aufmerksam (vgl. Handkommentar zum GwG-BASSE, Art. 1 N 21 ff. und ZYSSET, a.a.O., Art. 24 N4, 17, Bern 2017).

Seit 1.1.2018 wendet die Schweiz den AIA mit 52 Partnerstaaten und Territorien sowie der EU an (gilt für alle 28 EU-Mitgliedstaaten und auch für die Åland-Inseln, die Azoren, Französisch-Guayana, Gibraltar, Guadeloupe, die Kanarischen Inseln, Madeira, Martinique, Mayotte, Réunion und Saint Martin; Stand 31.12. 2017).

Die im Laufe des Jahres 2017 bzw. 2018 erhobenen Informationen aus dem AIA werden zwischen den zuständigen Behörden erstmals im Herbst 2018 bzw. im Herbst 2019 grundsätzlich ausgetauscht. Von diesem Austausch werden auch Privatstiftungen, Trusts und übrige Finanzvehikel als „Passive Non-Financial Entity“ und die nach dem „look through approach“ dahinter agierenden „Controlling Persons“ als „Reportable Person“ erfasst. Für Finanzinstitute gelten dabei die Angaben gemäss Formular A bzw. Formular S (vgl. www.estv.admin.ch/estv/de/home/internationales-steuerrecht/fachinformationen/aia/qualifikationsgremium/fragen-und-antworten.html vom 22.12.2017).

Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften sollen ohne nähere nachvollziehbare Begründung nicht aufgenommen werden können (präventive Massnahme).

Das Unterlassen der damit verbundenen Abklärungen durch den FI beinhaltet die Gefahr einer möglichen Beihilfe zur Steuerhinterziehung (national und international) bzw. von Steuergeldwäscherei (Art. 305bis StGB).

Der Inhalt der aktenkundig festzuhaltenden Begründung für die Verwendung einer Sitzgesellschaft ist massgebend für die Frage, ob ein Kriterium im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. h E-GwV-FINMA gegeben ist, wie etwa die „Komplexität der Strukturen, insbesondere durch die Verwendung einer Sitzgesellschaft“, z.B. „in einer intransparenten Jurisdiktion“ oder „ohne offensichtlich nachvollziehbaren Grund“. Im positiven Falle liegt eine „GmerR“ (Geschäftsbeziehung mit erhöhtem Risiko) vor, welche durch den FI entsprechend zu kennzeichnen und einem engen Monitoring mit periodischer stufengerechter Beurteilung bezüglich Weiterführung zu unterziehen ist, sofern der FI in diesen Fällen die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung nicht ablehnt.

Art. 9a E-GwV-FINMA: „Der Finanzintermediär aktualisiert die Informationen über sämtliche Geschäftsbeziehungen regelmässig. Er geht dabei risikobasiert vor.“

Kommentar

Die Kernaussage dieser neuen Bestimmung liegt in der aktiven Verpflichtung der FI, die für sämtliche Geschäftsbeziehungen bestehenden AML-Datenmengen in bestimmten Zeitabschnitten zu aktualisieren. Allein aus dem Wortlaut des ersten Satzes ergibt sich eine ereignisunabhängige Aktualisierungspflicht, ohne Einbezug einer Risikobetrachtung nach Gruppen von Geschäftsbeziehungen.

Bei der anlassbezogenen Aktualisierung ändern sich in den bisher dem FI bekannten Umständen Sachverhalte über Kunden, wie eine Zunahme von Bartransaktionen oder Vergütungen aus oder nach bestimmten Ländern oder eine geänderte Zusammensetzung der Kontrollinhaber (vgl. Ziff. 3.1.2.3 Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA vom 4.9.2017).

Satz 2 räumt dem FI ein, für die Aktualisierung ein risikobasiertes Vorgehen zu wählen. Durch diese Aufteilung der Norm ergibt sich grundsätzlich eine Pflicht zur Aktualisierung der Informationen ohne Möglichkeit eines Verzichts. Hingegen wird der Umfang der zu aktualisierenden Kundendokumente aufgrund einer nach Risikogewichtung nachvollziehbaren Kundensegmentierung wie Einteilung in Retailkunden Inland, Anlagekunden mit zusätzlichen Börsentransaktionen, Auslandkunden in kooperativen Ländern etc., bestimmt (vgl. Handkommentar zum GwG-BASSE, Art. 6 N 3, Bern 2017).

Bei einem vom Gesetzgeber zu begrüssenden Vorgehen nach dem „High-level“-Prinzip könnte die bisherige anlassbezogene Dokumentationspflicht gemäss Art. 7 GwG als Resultat durchgeführter Abklärungen nach Art. 6 GwG auf die generelle Pflicht, AML-Dokumentationen in einer nach der Entwicklung und

Einstufung der Geschäftsbeziehung aktuellen Form zu halten, erweitert werden. Auf diese Weise bliebe den Finanzintermediären der notwendige Freiraum zur inhaltlichen und zeitlichen Umsetzung gewahrt.

Fazit

Das bisherige Modell der selbstregulierten Geldwäschereibekämpfung wird voraussichtlich in Zukunft zu Gunsten einer auf Stufe Gesetz, hier GwG, notwendigen einheitlichen und für alle Akteure gleichsam verbindlichen Vorgabe aufgegeben werden. Dies bewirkt eine Annäherung an das dazu im Ausland, insbesondere der EU, gewählte klassische Vorgehen. Der Gewinn liegt in einer Verbesserung der Transparenz der Regelung, erleichteter Umsetzung (weil für alle Beteiligten anwendbar) und v.a. der einfacheren Nachvollziehbarkeit durch ausländische Gremien.

Dr. Detlev M. Basse

Senior Counsel & Compliance Specialist

i comply. INSIDE

“A tailor made solution developed based on Best Practice requires experience and the view for the essential processes working together.”

Personelle Verstärkung

Ab 1. Januar 2018 wird i comply durch Dr. Detlev M. Basse als Senior Counsel & Compliance Specialist verstärkt.

D. Basse leitete von 1998 – 2016 die Abteilung Legal & Compliance einer Universalbank in der Ostschweiz. Er verfügt über langjährige und vielschichtige Erfahrung in Rechts- und Compliance-Themen im Finanzbereich (national und international), wo er massgebende Projekte erfolgreich abschloss. Mehr zu seinen Aufgabengebieten und zum CV unter www.icomply.ch.

www.icomply.ch



Detlev M. Basse, Dr. iur.

Fachgebiete & Themen

- Geldwäschereibekämpfung (AML): Umsetzung der gesetzlichen und regulatorischen Sorgfaltspflichten anhand des bestehenden Geschäftsmodells des Unternehmens mit Einbezug erhöhter Anforderungen an das KYC-Modell und erhöhten Kontroll- und Transparenzvorschriften
- Datenschutz (revDSG und GDPR): risikobasierte Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen in Arbeitspaketen und dazu definierten Prozessen; GAP-Analyse (Assessment) mit Festlegung der Anforderungen nach dem konkreten Geschäftsmodell; Unterstützung als Datenschutzberater (ab 1.1.2019 nach revDSG)
- Anlegerschutz (Investment Suitability) nach FIDLEG/FIDLEV: Umsetzen der gesetzlichen Anforderungen entlang der Prozesse (Best Practice)
- FINIG: Unterstützung externer Vermögensverwalter zur Erfüllung der Bewilligungsanforderungen; Überprüfen der bestehenden Compliance-Organisation; Coaching und Schulung Organe/Mitarbeiter zur Erfüllung der fachlichen Anforderungen; Erarbeiten von Schulungskonzepten; Anpassung und Optimierung von Prozessen; Erstellen von Weisungen (code of conduct); Begleiten der Compliance-Prozesse (Monitoring)

Für Fragen in diesem Zusammenhang

Dieter C. Hauser
Founder, Managing Partner
dieter.hauser@icomply.ch

Detlev M. Basse
Senior Counsel & Compliance Specialist
detlev.basse@icomply.ch

i comply AG
Wiesenstrasse 7
CH-8008 Zürich

Phone +41 44 385 91 30