

Erhöhte Sorgfaltspflichten bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken

Finanzintermediäre im Spannungsverhältnis zwischen Sorgfaltsmassstab und operationellen Opportunitäten

Bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken sind gemäss Art. 17 der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) zur Verhinderung von Geldwäscherei (GwV EBK; SR 955.022) systematische Abklärungen vorzunehmen, die über die Routine-Identifizierung hinausgehen, welche die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 03) verlangt. Ziel ist, eine tragfähige Grundlage für eine Risikobeurteilung zu schaffen, sprich ein Kundenprofil zu erstellen.

1. Einleitung

Bereits das Geldwäschereirundschreiben der EBK aus dem Jahre 1998 (EBK-RS 98/1, Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei; nachfolgend auch *Geldwäschereirundschreiben*) enthielt detaillierte Regelungen über Abklärungs- und Kontrollpflichten von Finanzintermediären. RZ 23, «Verpflichtungen innerhalb von Geschäftsbeziehungen», bezog sich dabei ausdrücklich auf Art. 6 Bst. a GwG [1], wonach Finanzintermediäre den Zweck und den wirtschaftlichen Hintergrund von Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen, welche ungewöhnlich erscheinen, abklären müssen, ausser wenn ihre Rechtmässigkeit erkennbar ist. Solche Abklärungen waren ad hoc durchzuführen; das Geldwäschereirundschreiben kannte keine routinemässigen Abklärungspflichten für einzelne Kundenkategorien. Finanzintermediäre mussten je nach den Umständen des Einzelfalles spezifische

Abklärungen (erst) tätigen, wenn die im Geldwäschereirundschreiben beispielhaft genannten Anhaltspunkte auftraten.

Die (neue) GwV EBK leitet mit der Forderung nach einer Zuteilung von



Michael Kunz, LL.M., Fürsprecher, Inhaber Kunz Compliance, Rechtsberatung für E-Finance und Compliance, Bern

Geschäftsbeziehungen in Risikokategorien und der Kennzeichnung von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken einen eigentlichen Paradigmenwechsel bei der Geldwäschereiprävention ein (vgl. Art. 7 GwV EBK) [2]. Erstmals wird bei der Geldwäschereibekämpfung bereits zu Beginn einer Geschäftsbeziehung ein risikoorientierter Ansatz verfolgt. Der Aufsicht der EBK unterstehende Finanzintermediäre [3] können sich nicht mehr auf reaktive Abklärungen beschränken, sondern müssen präventiv (und wiederkehrend) Informationen über Vertragsparteien, wirtschaftlich Berechtigte und die involvierten Vermögenswerte besorgen (*Abklärungsphase II*), was über die Anforderungen zur formellen Identifizierung der Vertragspartei gemäss Art. 3 GwG i.V.m. Art. 2 VSB 03 hinausgeht (*Abklärungsphase I*). Zudem zieht diese (initiale und materielle) Risikokategorisierungspflicht zusätzliche Abklärungen i. S. einer erhöhten Sorgfalt nach sich (Art. 17 ff. GwV EBK), sofern es sich um Geschäftsbeziehungen mit erhöhten (Rechts- und Reputations-)Risiken handelt. Die betroffenen Finanzintermediäre sind hier aufgefordert, ihre Geschäftsbeziehungen wiederkehrend und systematisch [4] zu plausibilisieren, wobei in dieser Phase die Informationsbeschaffung wiederum reaktiv erfolgt (*Abklärungsphase III*; vgl. hierzu *Abbildung 1*).

Ohne nachfolgend näher auf die Abklärungsphasen I und II einzugehen, die naturgemäss in zeitlicher Hinsicht gleichermassen dynamisch sind [5], sei das Augenmerk ausschliesslich auf besagte zusätzliche Abklärungen bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risi-

ken (Abklärungsphase III) gerichtet [6]. Neben Gegenstand, Zeitpunkt und Abklärungsmittel interessieren namentlich die Aufgaben der internen Geldwäschereifachstelle und das Outsourcing.

2. Zusätzliche Abklärungen bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken

2.1 Allgemeines

Die GwV EBK enthält in ihrem 5. Abschnitt Vorschriften über erhöhte Sorgfaltspflichten. Aufbauend auf den allgemeinen Sorgfaltspflichten (insb. Identifizierung der Vertragspartei und Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten [7]), welchen unabhängig allfälliger Beziehungsspezifika (z.B. Höhe der eingebrachten Vermögenswerte [8]) generell bei allen Geschäftsbeziehungen Rechnung zu tragen ist, weist die GwV EBK in den Art. 17 ff. die Finanzintermediäre speziell an, bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (Art. 7 GwV EBK) mit angemessenem Aufwand zusätzliche Abklärungen zu treffen, welche das bestehende Kundenprofil [9] sinnvoll ergänzen. «Ziel ist, (systematisch [10]) so viele Informationen wie nötig zu sammeln, um eine tragfähige Grundlage für eine Risiko- beurteilung zu schaffen [11].» Hierbei ist zu präzisieren, dass Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken – welche nicht «per se unerwünschte oder unerlaubte Geschäftsbeziehungen» [12] darstellen – lediglich ein abstraktes qualifiziertes Risikopotenzial aufweisen, das es durch die zwingend durchzuführenden zusätzlichen Abklärungen zu managen gilt [13]; die Risiken müssen «verantwortbar» [14] sein.

2.2 Gegenstand von zusätzlichen Abklärungen

Welche zusätzlichen Abklärungen von den Finanzintermediären getroffen werden müssen, wird in Art. 17 GwV EBK beispielhaft wiedergegeben (vgl. *Kasten*).

Die Aufzählung der möglichen Gegenstände reicht weit über die bisherige

Art. 17 Zusätzliche Abklärungen bei erhöhten Risiken

¹ Bei Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken trifft der Finanzintermediär mit angemessenem Aufwand zusätzliche Abklärungen.

² Abzuklären ist je nach den Umständen namentlich:

- a. ob die Vertragspartei an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist;
- b. die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte;
- c. der Verwendungszweck abgezogener Vermögenswerte;
- d. die Plausibilität grösserer Zahlungseingänge;
- e. der Ursprung des Vermögens der Vertragspartei und des wirtschaftlich Berechtigten;
- f. die berufliche oder geschäftliche Tätigkeit der Vertragspartei und des wirtschaftlich Berechtigten;
- g. ob es sich bei der Vertragspartei oder dem wirtschaftlich Berechtigten um eine politisch exponierte Person handelt;
- h. bei juristischen Personen: wer diese beherrscht.

Regelung hinaus, jedenfalls was den materiellen Gehalt der verlangten Informationen angeht. Die Abklärungen gemäss Art. 17 Abs. 2 Bst. b und f GwV EBK entsprechen annähernd der bisherigen Regelung im Geldwäschereirundschreiben, RZ 24 Bst. d bzw. c. RZ 24 Bst. b des Geldwäschereirundschreibens geht in Art. 17 Abs. 2 Bst. e GwV EBK auf, welcher jedoch weiter reicht. Bei Art. 17 Abs. 2 Bst. a, c, d, g und h GwV EBK handelt es sich hingegen um neue Gegenstände für die zusätzlichen Abklärungen [15].

Die einzelnen Punkte sind laut Verordnungstext «je nach den Umständen»

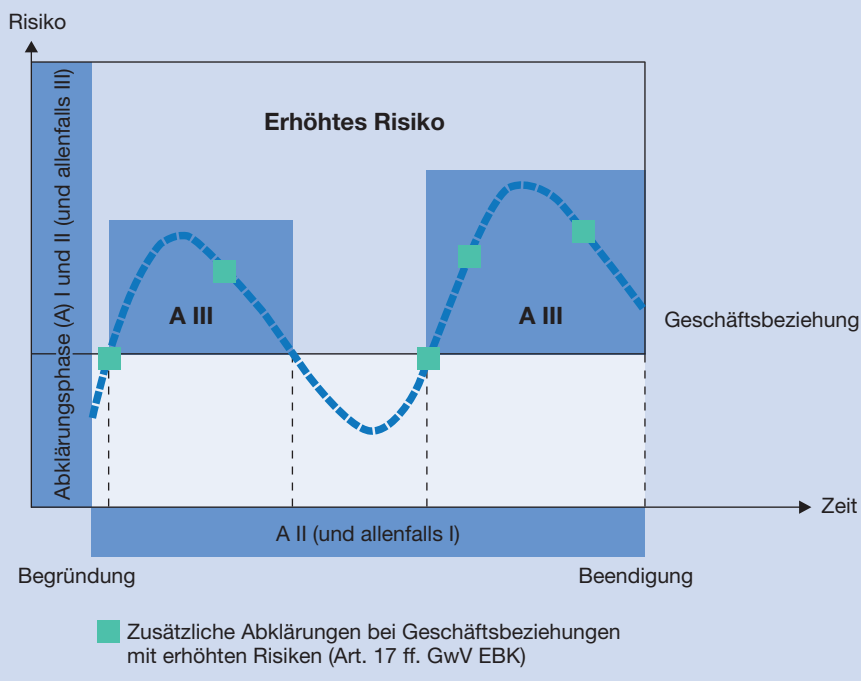
abzuklären, eine Kumulation sämtlicher Punkte deshalb nicht zwingend. Der Finanzintermediär muss in seinen Reglementen oder allenfalls ad hoc selber festlegen, wann und in welchen Situationen er welche zusätzlichen Abklärungen tätigen will. Bestehen mehrere Kategorien von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken, ist der Umfang der Abklärungen den Risiken der jeweiligen Risikokategorie anzupassen. Unabhängig von der Ausgestaltung im Einzelfall empfiehlt sich jedoch eine hohe Standardisierung, d.h. eine weitgehend statische Verknüpfung von Risiko (Umstand) und Abklärung, zumal sowohl die (Kosten-) Verhältnismässigkeit [16] als auch die Rechtssicherheit i.S. einer messbaren Sorgfaltsadäquanz unter einer hohen Individualisierung zuungunsten der Finanzintermediäre leidet. Ferner ist zu beachten, dass die durch die Finanzintermediäre definierten Massnahmen ordnungsgemäss zu vollziehen sind [17], da die Finanzintermediäre im Ergebnis wohl primär für die unsorgfältige Ausführung ihrer eigenen Abwehrdispositive sanktioniert werden und nicht für die fehlende Anknüpfung an ein beliebiges (subjektives) Indiz.

Der Verordnungstext weist weiter darauf hin, dass die Aufzählung in Art. 17 Abs. 2 GwV EBK nicht abschliessend ist, mithin die Finanzintermediäre analog Art. 7 GwV EBK gehalten sind, selbständig weitere Fragen zu erarbei-



Patrick Hunger, Dr. iur., LL.M.,
Dozent für Wirtschaftsrecht, Zürcher
Hochschule Winterthur, Winterthur
patrick.hunger@zhwin.ch

Abbildung 1
Abklärungsphasen



ten, welche ihrem eigenen unternehmerischen Risikoprofil entsprechen. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass lediglich eine Minderheit der betroffenen Finanzintermediäre eine Erweiterung des Fragenkataloges in Art. 17 Abs. 2 GwV EBK realisieren werden, zumal insbesondere die Konsequenzen einer untauglichen und im Ergebnis möglicherweise kontraproduktiven Fragestellung nicht abschätzbar sind.

Am Rande sei schliesslich erwähnt, dass eine besondere Situation vorliegt, wenn bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken Transaktionen mit erhöhten Risiken auftreten. Da bereits zusätzliche Abklärungen zur Geschäftsbeziehung durchgeführt wurden, fragt sich, welche weiteren zusätzlichen Abklärungen noch sinnvoll sind. Die Aufzählungen in Art. 17 Abs. 2 GwV EBK beziehen sich auf die Vertragspartei, wirtschaftlich Berechtigte, Vermögenswerte oder Transaktionen. Die Finanzintermediäre werden daher bei Geschäftsbeziehungen, deren erhöhtes Risiko erkannt wurde, zusätzliche Abklärungen primär in Zusammenhang mit der Vertragspartei, allfälligen wirt-

schaftlich Berechtigten und deren Vermögenssituation durchführen. Treten zu einem späteren Zeitpunkt Transaktionen mit erhöhten Risiken auf, werden sie folgerichtig primär die Plausibilität der Ergebnisse aus ihren früheren Abklärungen prüfen und die diesbezüglichen Abklärungen eventuell erneut durchführen. Lediglich bei weiterhin unzureichender Risikobeurteilung werden die Finanzintermediäre ergänzend noch die Umstände der Transaktion individualisiert abklären (müssen).

2.3 Zeitpunkt von zusätzlichen Abklärungen

Der Zeitpunkt, wann zusätzliche Abklärungen vorgenommen werden müssen, ist in Art. 20 GwV EBK geregelt:

«Sobald erhöhte Risiken bei einer Geschäftsbeziehung sichtbar werden, leitet der Finanzintermediär die zusätzlichen Abklärungen unverzüglich in die Wege und führt sie so rasch als möglich durch.»

Zusätzliche Abklärungen sind also durchzuführen, sobald das erhöhte Risiko erkannt bzw. wahrgenommen wird. Das kann in folgenden Situationen der Fall sein:

- bei der Einteilung einer bestehenden Geschäftsbeziehung in eine Kategorie mit erhöhten Risiken anlässlich der Umsetzung der GwV EBK;
- bei der Eröffnung einer Geschäftsbeziehung (sofern die erhöhten Risiken bereits zu diesem Zeitpunkt erkannt werden);
- im Laufe einer Geschäftsbeziehung;
- bei der Neuklassierung von Kategorien von Geschäftsbeziehungen;
- bei Transaktionen mit erhöhten Risiken.

Zusätzliche Abklärungen können also zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten notwendig werden. Es liegt im Interesse des Finanzintermediärs, erhöhte Risiken so früh wie möglich zu erkennen, d. h. bereits zu Beginn einer neuen Geschäftsbeziehung. Das ist jedoch nur möglich, wenn bereits im Kontoeröffnungsverfahren von der Vertragspartei weit mehr Informationen verlangt werden als zu deren Identifizierung gemäss der VSB 03 notwendig wäre [18]. Entsprechend werden die Finanzintermediäre im Rahmen einer (geschäftspolitischen) Interessenabwägung entscheiden müssen, inwieweit sie die Vertragspartei initial mit ihrem erheblichen Informationsbedarf konfrontieren wollen. Angemerkt sei, dass durch die (individuelle) Risikokategorisierung i. S. v. Art. 7 GwV EBK besagtes Spannungsverhältnis zumindest teilweise relativiert wird, da diejenigen Informationen, welche für die Zuordnung der Geschäftsbeziehung zu einer definierten Risikokategorie erforderlich sind, zwingend zu beschaffen sind [19].

2.4 Abklärungsmittel

Art. 18 Abs. 1 GwV EBK [20] sieht folgende Abklärungsmittel vor:

«¹Die Abklärungen umfassen je nach den Umständen namentlich:

- a. das Einholen schriftlicher oder mündlicher Auskünfte der Vertragsparteien oder wirtschaftlich Berechtigten;
- b. Besuche am Ort der Geschäftstätigkeit der Vertragsparteien und wirtschaftlich Berechtigten;
- c. eine Konsultation allgemein zugänglicher öffentlicher Quellen und Datenbanken;
- d. allenfalls Erkundigungen bei vertrauenswürdigen Personen.»

Analog den Ausführungen unter Ziff. 2.2 ist eine Kumulation sämtlicher

Abklärungsmittel nicht zwingend, je nach den Umständen reicht die Vornahme einer einzigen der vorgegebenen Abklärungsmittel bzw. -methoden.

Was exemplarisch die allfällige Konsultation allgemein zugänglicher öffentlicher Quellen und Datenbanken (Bst. c) betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass als Abklärungsbehelfe neben den klassischen (unstrukturierten) Suchbehelfen/-maschinen auf dem Internet (z.B. Google) vermehrt kostenpflichtige internetbasierte Research-Applikationen bzw. -Infrastrukturen angeboten werden (vgl. z.B. Factiva, World-Check oder WorldCompliance), deren (operationeller) Wirkungsgrad allgemein nur ungenügend abgeschätzt werden kann. Hierbei tauchen insbesondere folgende Fragestellungen auf:

- Fallen kostenpflichtige Research-Applikationen bzw. -Infrastrukturen unter den Begriff «allgemein zugängliche öffentliche Quellen und Datenbanken»?
- Wie stellen die Finanzintermediäre im Lichte des Bankkundengeheimnisses und des Datenschutzgesetzes die Vertraulichkeit ihrer Abfragen auf dem Internet sicher [21]?
- Hat die Konsultation allgemein zugänglicher öffentlicher Quellen und Datenbanken – angesichts der erleichterten Verfügbarkeit – grundlegend als Minimalanforderung bei der Durchführung von zusätzlichen Abklärungen zu gelten?

Zur Frage der Vertraulichkeit ist dem EBK-Geldwäschereibericht einzig zu entnehmen, «dass der Finanzintermediär bei Abklärungen im Internet das Nötige vorzukehren hat, damit unbefugte Dritte ihn nicht mit dem Kunden in Verbindung bringen können» [22]. Zu den beiden anderen Fragestellungen hat sich die EBK bisher nicht vernemen lassen. Nach Auffassung der Autoren ist im Einzelfall nicht auszuschliessen, dass die EBK die Konsultation von kostenpflichtigen Research-Applikationen bzw. -Infrastrukturen als notwendiges Abklärungsmittel qualifizieren wird. Gleichermassen erscheint es im Lichte der Informatisierung der Gesellschaft möglich, dass sich die Konsultation von allgemein zugänglichen öffentlichen Quellen und

Datenbanken zumindest als Best Practice festigen wird.

Die Ergebnisse der Abklärungen sind schliesslich von den Finanzintermediären auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen und zu dokumentieren [23]. Obwohl im Verordnungstext nicht ausdrücklich verlangt, empfiehlt sich, auch die Schlussfolgerungen [24] zu den Ergebnissen und die allenfalls getroffenen Massnahmen und Entscheide zu dokumentieren [25].

2.5 Aufgaben der internen Geldwäschereifachstelle

Im Rahmen der organisatorischen Massnahmen [26] (3. Abschnitt der GwV EBK) müssen die Finanzintermediäre eine oder mehrere qualifizierte Personen als Geldwäschereifachstelle bezeichnen (Art. 13 Abs. 1 GwV EBK). Es ist davon auszugehen, dass diese regulatorische Aufforderung primär deklaratorischer Natur ist, zumal sich dieses Organisationsmodell in der Praxis bereits mehrheitlich durchgesetzt hat [27]. Als weniger fassbar erweist sich jedoch die qualitative Anforderung an die zu bezeichnenden Personen im Lichte der fortschreitenden Technisierung der Geldwäschereibekämpfung, da namentlich in der Schweiz das Aus- und Weiterbildungsangebot für Geldwäscherei(fach)leute marginal ist, mithin gegenwärtig wohl primär auf die (berufliche) Erfahrung (!) abzustellen ist. Interessant ist ferner, dass die interne Geldwäschereifachstelle (weiterhin) lediglich beratende und unterstützende Funktion hat und die Verantwortung namentlich in der Linie verbleibt [28]. In Würdigung der Praxis, welche (faktisch) mehrheitlich von einer Entscheidungsfindung im Stab dominiert wird, drängt sich – um Überraschungen zu vermeiden – entsprechend eine (Verantwortlichkeits-) Aufklärung der Linie auf, obschon fraglich ist, inwiefern die «subjektiv vorbelastete» Linie geeignet ist, objektiviert zu handeln [29].

Was die Aufgaben der internen Geldwäschereifachstelle betrifft, ist angesichts der vorliegend zu behandelnden Thematik Art. 13 Abs. 2 Bst. f GwV EBK hervorzuheben:

«²Die Geldwäschereifachstelle: [...]

f. veranlasst zusätzliche Abklärungen nach Art. 17 [GwV EBK] oder führt sie selbst durch; [...].»

Ersichtlich ist, dass die interne Geldwäschereifachstelle zulässigerweise intraorganisational delegieren und sich operationell entlasten kann. Diese Vorgehensweise, d. h. die Beauftragung des zuständigen Linien-Mitarbeiters, führt jedoch dazu, dass die interne Geldwäschereifachstelle vermehrt koordinierend in den Prozess eingreifen und sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht den Informationsbestand prüfen muss. Wesentlich erscheint, dass unabhängig von der Ausführung im Einzelfall die interne Geldwäschereifachstelle jederzeit korrigierend auf die Informationsbeschaffung einwirken kann (z. B. Ergänzungsfragen an die Adresse des Kunden) und das Weisungsverhältnis zwischen interner Geldwäschereifachstelle und Linie vorfrageweise zugunsten der internen Geldwäschereifachstelle festgelegt wird.

2.6 Outsourcing

Art. 13 Abs. 3 GwV EBK hält allgemein fest, dass Finanzintermediäre unter ihrer Verantwortung auch fachkundige externe Personen als Geldwäschereifachstelle bezeichnen können. Voraussetzung für eine Delegation sind (formell) lediglich innerbetriebliche Opportunitäten, was im Ergebnis dazu führt, dass einer Vielzahl von Finanzintermediären die Delegationsmöglichkeit offensteht [30]. Weder im E-GwV EBK noch im definitiven Text der GwV EBK wird auf die Art und Weise der Regelung dieser Delegation eingegangen. Im Bericht der Arbeitsgruppe KYC vom Juni 2002 wurde davon ausgegangen, dass es sich um eine Ausgliederung im Sinne des EBK-Rundschreibens Outsourcing (EBK-RS 99/2 Outsourcing) handelt und die entsprechenden Vorschriften eingehalten werden müssten, was nun im EBK-Geldwäschereibericht zumindest allgemein bestätigt wird [31].

Zu den Aufgaben der internen Geldwäschereifachstelle gehört in Anlehnung an die Ausführungen unter Ziff. 2.5 auch die Durchführung von zusätzlichen Abklärungen nach Art. 17 GwV

EBK (sofern sie nicht bloss intraorganisational angeordnet werden (Art. 13 Abs. 2 Bst. f GwV EBK)). Die in Art. 13 Abs. 3 GwV EBK allgemein geregelte Delegation der Aufgaben der internen Geldwäschereifachstelle an externe Personen umfassen deshalb auch eine Delegation der zusätzlichen Abklärungen (extraorganisationale Durchführung).

Die Delegation der zusätzlichen Abklärungen an Dritte ist jedoch in Art. 19 GwV EBK auch noch gesondert i.S. einer Lex specialis geregelt. Die Delegation der zusätzlichen Abklärungen ist unter folgenden (materiellen) Voraussetzungen zulässig:

«¹Der Finanzintermediär darf Personen und Unternehmen mit den zusätzlichen Abklärungen in einer schriftlichen Vereinbarung beauftragen, wenn der Finanzintermediär:

- a. sich vergewissert, dass diese die Abklärungen mit derselben Sorgfalt durchführen wie er selbst;
- b. sie über ihre Aufgaben instruiert;
- c. die sorgfältige Durchführung der Abklärungen kontrollieren kann.» [32]

Der Grund für die doppelte Regelung der Delegation von Aufgaben der internen Geldwäschereifachstelle ist vermutlich folgender: Da es sich bei den zusätzlichen Abklärungen «bloss» um die Delegation einer einzelnen Aufgabe handelt, dürfte es sich nicht um eine Auslagerung eines Geschäftsbe-

«Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Dienstleisters». Die entsprechenden Bestimmungen des Outsourcing-Rundschreibens dürften daher von der EBK in der Praxis (mindestens) analog angewendet werden [33].

Die Dokumentation der zusätzlichen Abklärungen muss beim Finanzintermediär selber vorliegen (Art. 19 Abs. 3 GwV EBK). Er muss auch die Ergebnisse der Abklärungen selber auf ihre Plausibilität hin überprüfen (Art. 19 Abs. 4 GwV EBK). Die Verantwortung für die richtige Durchführung der zusätzlichen Abklärungen bleibt auch bei der Delegation an Dritte beim Finanzintermediär. Er muss die Vertragspartei selber kennen.

2.7 Kontrollpflichten – Überwachung

Der E-GwV EBK sprach im Titel von Art. 17 E-GwV EBK noch von «zusätzlichen Abklärungs- und Kontrollpflichten bei erhöhten Risiken». Der Begriff «Kontrollpflichten» taucht im definitiven Text der GwV EBK nicht mehr auf. Materiell sind die Kontrollpflichten jedoch auch in der definitiven Regelung enthalten. So bedarf die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken immer der Zustim-

Überwachung und Auswertung von regelmässigen Kontrollen aller Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (Art. 22 Abs. 1 Bst. b GwV EBK).

Damit das oberste Geschäftsführungsorgan (oder eines seiner Mitglieder) seinen Verpflichtungen überhaupt nachkommen kann, sind sie auf entsprechende Informationen angewiesen. Die interne Geldwäschereifachstelle hat folgerichtig sicherzustellen, dass das verantwortliche Geschäftsführungsorgan (oder eines seiner Mitglieder) die dienlichen Entscheidungsgrundlagen rechtzeitig erhält [34]. Entsprechend drängt sich hier ein strukturiertes und institutionalisiertes Reporting auf.

Angemerkt sei, dass Finanzintermediäre mit einem sehr umfangreichen Vermögensverwaltungsgeschäft und mehrstufigen hierarchischen Strukturen diese Verantwortung der Leitung einer Unternehmenseinheit übertragen können (Art. 21 Abs. 2 GwV EBK).

2.8 Dokumentation

Die Finanzintermediäre haben ihre Dokumentation so zu organisieren, dass sie in der Lage sind, den Strafverfolgungsbehörden oder anderen berechtigten Stellen innert angemessener Frist unter Beilage der nötigen Dokumente Auskunft darüber zu geben,

«[...] ob ein Unternehmen oder eine Person:

- a. Vertragspartei oder wirtschaftlich Berechtigter ist;
- b. Ein Kassageschäft getätigt hat, welches die Identifizierung der betroffenen Personen verlangt;
- c. Eine dauernde Vollmacht über ein Konto oder Depot besitzt, soweit sie nicht bereits aus einem öffentlichen Register ersichtlich ist.» [35]

Ersichtlich ist, dass es sich bei Art. 23 GwV EBK um eine Konkretisierungsbestimmung zu Art. 7 GwG [36] handelt. Interessant ist, dass der Kreis der Auskunftsberechtigten erweitert wurde und neben den Strafverfolgungsbehörden neu auch «andere berechtigte» Stellen Zugriff auf die (sensitiven) Daten haben sollen. Ohne an dieser Stelle näher darauf einzugehen sei immerhin festgehalten, dass die gesetzliche Grundlage für Dritte weder im GwG noch in der GwV EBK zu fin-

«Die durch die Finanzintermediäre zu treffenden zusätzlichen Abklärungen verdeutlichen, dass die Kundenbeziehungen substantiell an (deliktischer) Vorhersehbarkeit gewinnen sollen.»

reiches gemäss EBK-RS 99/2 Outsourcing handeln, weshalb die entsprechenden Voraussetzungen und Vorschriften des Outsourcing-Rundschreibens hier nicht direkt anwendbar sind. Trotzdem will die EBK eine Delegation der zusätzlichen Abklärungen an Dritte an bestimmte materielle Anforderungen knüpfen, was konsequenterweise zu einer separaten Regulierung führen musste. Sie orientiert sich im Wesentlichen an den Bestimmungen des EBK-RS 99/2 Outsourcing, Grundsatz 2,

mung durch eine vorgesetzte Person oder Stelle (Art. 21 GwV EBK). Der Entscheid über die Aufnahme und alljährlich über die Weiterführung von Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen liegt sogar (wie bisher) beim obersten Geschäftsführungsorgan oder mindestens bei einem seiner Mitglieder (Art. 22 Abs. 1 Bst. a GwV EBK). Ebenfalls beim obersten Geschäftsführungsorgan oder mindestens bei einem seiner Mitglieder liegt der Entscheid über die Anordnung,

den sein wird, mithin eine spezialgesetzliche Grundlage für das Zugriffsrecht vorliegen muss.

Hinsichtlich Art. 23 Abs. 2 Bst. c GwV EBK ist präzisierend darauf hinzuweisen, dass sich diese Forderung auf die Generalvollmachten (mit Ausnahmen der Spezialvollmachten) bezieht und in der Regel – sofern nicht bereits vor-

geführt wurden, «so rasch als möglich durchzuführen»[39].

Kontrolltechnisch sind die Finanzintermediäre schliesslich verpflichtet, ihre Massnahmen und den Zeitplan zur Umsetzung der GwV EBK von ihren externen Revisionsstellen prüfen zu lassen und der EBK bis zum 30. September 2003 Bericht zu erstatten (Art.

mithin die Massnahmenadäquanz zugunsten der (hypothetischen) Finanzmarktintegrität relativiert bzw. vernachlässigt wird.

Im Sinne einer abschliessenden Bemerkung sei als Ausblick festgehalten, dass die risikobasierte Ungleichbehandlung von Kunden wohl weiter zunehmen und die Geldwäschereiprävention vermehrt unter dem Gesichtspunkt der (Marktteilnehmer) Diskriminierung zu würdigen sein wird. **==**

«Es liegt im Interesse des Finanzintermediärs, erhöhte Risiken so früh wie möglich zu erkennen, d. h. bereits zu Beginn einer neuen Geschäftsbeziehung.»

handen – die Schaffung eines (zentralen) Vollmachtsregisters nach sich ziehen wird [37].

Schliesslich ist in Erinnerung zu rufen, dass auch die Ergebnisse zusätzlicher Abklärungen bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (Art. 18 Abs. 3 GwV EBK) zu dokumentieren sind [38].

2.9 Zeitpunkt der Umsetzung

Die Finanzintermediäre müssen bis zum 30. Juni 2004 namentlich die sich aus den Art. 13 und 17–22 GwV EBK ergebenden Anforderungen erfüllen (Art. 32 Abs. 1 GwV EBK). Lediglich auf begründetes Gesuch hin kann die EBK die Frist verlängern.

Zudem – und dies ist im Hinblick auf die zusätzlichen Abklärungen i.S.v. Art. 17 GwV EBK von zentraler Bedeutung – haben die Finanzintermediäre bis zum 30. Juni 2004 bestehende Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken, mithin auch Beziehungen, welche zwischen dem 1. Juli 2003 und dem 30. Juni 2004 begründet wurden, zu ermitteln und intern zu kennzeichnen. Dazu dürfen sie grundsätzlich auf aktuelle Daten abstellen und brauchen nicht rückwirkend Transaktionen zu analysieren (Art. 32 Abs. 2 GwV EBK). Hingegen sind die zusätzlichen Abklärungen, sofern sie noch nicht durch-

32 Abs. 4 GwV EBK). Zudem finden die Umsetzungsbestrebungen zwingend Eingang in den Revisionsbericht der externen Revisionsstelle für das Geschäftsjahr 2004 (Art. 32 Abs. 5 GwV EBK).

3. Schlussfolgerung und Ausblick

Die durch die Finanzintermediäre zu treffenden zusätzlichen Abklärungen nach Art. 17 GwV EBK verdeutlichen, dass die Kundenbeziehungen substantiell an (deliktischer) Vorhersehbarkeit gewinnen sollen. Hierbei müssen (materielle) Kundenprofile der Geldwäschereibekämpfung zum Erfolg verhelfen, zumal davon ausgegangen wird, dass die (Geldwäscherei-)Risikominimierung in Abhängigkeit zum qualitativen und quantitativen Informationsbestand steht. Wie die obigen Ausführungen verdeutlichen, ist jedoch der Implementierungs- und Bewirtschaftungsaufwand erheblich bzw. werden Abklärungsmassnahmen skizziert, deren Umfang operationell (und finanziell) die betroffenen Finanzintermediäre als Subjekte des Privatrechts im Dienste der Strafverfolgungsbehörden zu überfordern drohen. Schlussfolgernd ist daher festzuhalten, dass (auch) das Massnahmenpaket i.S.v. Art. 17 GwV EBK weitreichende Implikationen auf den Geschäftsgang zeitigen wird [40],

Anmerkungen

- 1 Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).
- 2 Vgl. hierzu eingehend Kunz Michael/Hunger Patrick, Geschäftsbeziehungen der Banken mit erhöhten Risiken, in: ST 8/03, S. 586 ff.
- 3 Art. 2 GwV EBK. Angemerkt sei, dass der hier verwendete Begriff «Finanzintermediär» nicht mit dem gleichlautenden Begriff im GwG identisch ist.
- 4 Bericht der EBK zu ihrer Geldwäschereiverordnung vom 18. Dezember 2002, März 2003, S. 40 (nachfolgend *EBK-Geldwäschereibericht*).
- 5 Kunz/Hunger (Anm. 2), S. 586 ff.; ferner Art. 5 GwG.
- 6 Angemerkt sei, dass sich – obschon Transaktionen mit erhöhten Risiken gemäss Art. 17 Abs. 1 GwV EBK desgleichen zusätzliche Abklärungen nach sich ziehen – die Ausführungen (mit wenigen Ausnahmen) auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken beschränken. Unabhängig hiervon lassen sich jedoch die Bemerkungen grundsätzlich auch auf Transaktionen mit erhöhten Risiken übertragen.
- 7 Art. 14 ff. GwV EBK.
- 8 Art. 7 Abs. Bst. e GwV EBK.
- 9 Vgl. zum Begriff «Kundenprofil» auch die Ausführungen im EBK-Geldwäschereibericht, S. 40.
- 10 EBK-Geldwäschereibericht, S. 40.
- 11 EBK-Geldwäschereibericht, S. 41.
- 12 EBK-Geldwäschereibericht, S. 41.
- 13 Vgl. zur Meldepflicht und Vermögenssperre in Zusammenhang mit *realisierten* erhöhten Risiken Art. 9 f. GwG i.V.m. Art. 24 ff. GwV EBK.
- 14 EBK-Geldwäschereibericht, S. 41.
- 15 Erstaunlicherweise fehlt in der Geldwäschereiverordnung eine RZ 24 Bst. a des Geldwäschereirundschreibens entsprechende Regelung, Zweck und Art einer bestimmten Transaktion abzuklären. Vermutlich geht die EBK davon aus, dass die beiden Punkte in den neu geregelten Gegenständen aufgehen.
- 16 «Die Abklärungen müssen aber mit vernünftigem Aufwand durchführbar sein» (EBK-Geldwäschereibericht, S. 41).
- 17 Die Finanzintermediäre «müssen ausreichend abklären und dürfen sich nicht einfach mit unzureichenden Erklärungen des Kunden zu-

- frieden geben, auch wenn dies im Einzelfall heikel sein kann» (EBK-Geldwäschereibericht, S. 41).
- 18 Vgl. zum Umstand, dass im Rahmen der Kontoeröffnung viele risikorelevante Informationen (noch) nicht vorhanden sind, Kunz/Hunger (Anm. 2), S. 587 ff.
- 19 Die Bestimmung zu den zusätzlichen Abklärungen im Entwurf-GwV EBK (nachfolgend E-GwV EBK) enthielt noch einen eigenen Absatz für den Fall, dass das erhöhte Risiko bereits beim ersten Kundenkontakt ersichtlich wird. Der Entwurf sah für diesen Fall eine Kontensperre für ein allenfalls bereits eröffnetes Konto bis zum Abschluss der zusätzlichen Abklärungen und der Risiko-beurteilung vor. Ob der ersatzlose Wegfall des Absatzes eine Abkehr von dieser strengen Regelung bedeutet, ist nicht klar (vgl. hierzu auch die Ausführungen im EBK-Geldwäschereibericht, S. 42 f.).
- 20 Auch der Text zu den Abklärungsmitteln wurde gegenüber dem E-GwV EBK leicht geändert, wenn auch materiell nicht wesentlich. Die Änderungen im Vergleich zur Regelung gemäss EBK-RS 98/1, RZ 25, sind hingegen bedeutsam. Bisher stand die Befragung der Vertragspartei im Vordergrund. Aufgrund der (negativen) Erfahrungen bei der Durchführung von zusätzlichen Abklärungen liegt das Schwergewicht der Abklärungsmitteln neu auf der Konsultation von Informationen und Quellen Dritter.
- 21 Im Sinne (neuer) Dienstleistungen werden solche Konsultation auch von Dritten durchgeführt. Dadurch kann allenfalls die Vertraulichkeit besser sichergestellt werden, zumal der Bezug zwischen dem abklärenden Finanzintermediär und der involvierten Kundenbeziehung (physisch) anonymisiert wird. Auf die Frage der Zulässigkeit des Outsourcings von zusätzlichen Abklärungen wird unter Ziff. 2.6 näher eingegangen.
- 22 EBK-Geldwäschereibericht, S. 41.
- 23 Art. 18 Abs. 3 GwV EBK. Angemerkt sei, dass im EBK-Geldwäschereibericht, S. 41, nicht von Plausibilisierung, sondern von kritischer Überprüfung gesprochen wird, was die Frage nach dem qualitativen und quantitativen Umfang der Informationsverarbeitung aufwirft.
- 24 Dahingehend wohl auch EBK-Geldwäschereibericht, S. 41.
- 25 Vgl. zum Persönlichkeitsschutz Art. 18 Abs. 2 GwV EBK und die Hinweise im EBK-Geldwäschereibericht, S. 41.
- 26 Vgl. allgemein zu den organisatorischen Massnahmen des Finanzintermediärs zur Bekämpfung der Geldwäscherei jüngst Kuster Matthias, Die organisatorischen Massnahmen des Finanzintermediärs zur Bekämpfung der Geldwäscherei, in: SZW 3/2003, S. 117 ff.
- 27 Vgl. Art. 8 GwG.
- 28 Die Verantwortung für die Geschäftsbeziehung bei der Linie «bedeutet generell, dass Kundenbetreuer nicht davon absehen können, ihren Kunden gegebenenfalls die nötigen Fragen zu stellen» (EBK-Geldwäschereibericht, S. 38).
- 29 Vgl. zur Frage der «notwendigen Distanz» auch die Ausführungen im EBK-Geldwäschereibericht, S. 43.
- 30 Vgl. auch EBK-Geldwäschereibericht, S. 38 f.
- 31 EBK-Geldwäschereibericht, S. 39.
- 32 Art. 19 Abs. 1 GwV EBK.
- 33 Ausdrücklich verboten ist hingegen die Weiterdelegation der zusätzlichen Abklärungen durch den Dritten (Art. 19 Abs. 2 GwV EBK).
- 34 Vgl. Art. 13 Abs. 2 Bst. g GwV EBK.
- 35 Art. 23 GwV EBK.
- 36 EBK-Geldwäschereibericht, S. 44.
- 37 EBK-Geldwäschereibericht, S. 44.
- 38 Vgl. zur Dokumentation der hiermit verbundenen Entscheide und Massnahmen den Hinweis unter Ziff. 2.4.
- 39 EBK-Geldwäschereibericht, S. 47.
- 40 Vgl. zu den Implikationen des Massnahmenpaketes i. S. v. Art. 7 GwV EBK Kunz/Hunger (Anm. 2), S. 586 ff.

RESUME

Obligations de diligence accrues pour relations d'affaires à risque élevé

Par l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2003, de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques (CFB) en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (LBA CFB; RS 955.022), les relations entre l'intermédiaire financier sous contrôle de la CFB et ses clients ont été considérablement modifiées (cf. Michael Kunz/Patrick Hunger, Relations d'affaires des banques à risque élevé, in: l'EC 8/03). L'obligation d'appliquer des clarifications complémentaires en cas de risques accrus (art. 17 ss OBA CFB) entraînera dorénavant une approche matérielle des clients qui s'écarte nettement de l'approche formelle selon l'article 3 LBA et l'article 2 CDB 03. Dans le cadre d'obligations de diligence accrues, les intermédiaires financiers sont tenus de fournir régulièrement des informations dans un

but préventif sur les clients, les ayants-droit économiques et les valeurs patrimoniales concernées ainsi que d'établir des profils de clients. Ces exigences doivent être remplies d'ici le 30 juillet 2004.

Sur le plan opérationnel, se pose avant tout la question de l'objet des vérifications supplémentaires dans le cas de relations d'affaires à risque élevé. Le point de départ est donné par le fait que ces vérifications, caractérisées par une approche orientée risques et appliquées à la nature des relations d'affaires, doivent être effectuées de façon individualisée.

De plus, l'intermédiaire financier se retrouve dans un environnement dynamique qui laisse apparaître les relations d'affaires comme constamment

lacunaires sur le plan de l'information. Outre les tâches du service interne de lutte contre le blanchiment d'argent dont la complexité ne cesse d'augmenter en raison de l'aspect délégué de l'article 13 OBA CFB, l'externalisation présente des défis supplémentaires, la responsabilité ne pouvant être déléguée.

On remarquera pour conclure qu'en matière de relations d'affaires, la quantité et la qualité des informations ira nettement en s'accroissant. La question de savoir dans quelle mesure la lutte contre le blanchiment d'argent pourra aboutir reste ouverte, mais elle est souhaitable compte tenu de la charge (financière) herculéenne de l'intermédiaire financier.

MK/PH/AFB