

Michael Kunz

Aktuelle Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei

Teil III: Umsetzung der GAFI-Empfehlungen

Die Umsetzung der GAFI-Empfehlungen in der Schweiz steht auf der Kippe. Der Nationalrat ist in der Wintersession auf das Geschäft nicht eingetreten. Ob die Vorlage im Parlament noch eine Chance hat, bleibt vorläufig offen. Trotzdem haben die GAFI-Empfehlungen bereits Vorwirkungen erzielt. Einzelne Anpassungen wurden bereits per 1. Januar 2020 in der Geldwäschereiverordnung-FINMA und in der VSB 20 vorgenommen. Im vorliegenden Beitrag werden angesichts der Unsicherheit über die GAFI-Vorlage nur die bereits erfolgten Änderungen vorgestellt.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Kapitalmarktrecht; Einziehung, Geldwäscherei, mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht, (Straf-)Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes (GwG), Kriminelle Organisation

Zitiervorschlag: Michael Kunz, Aktuelle Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei, in: Jusletter 3. August 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Nachtrag zu den Handelsprüfern: Alles neu mit der GAFI-Umsetzung
 - 2.1. Anderes Aufsichtsregime für Handelsprüfer und Gruppengesellschaften
 - 2.2. Übergangsbestimmungen
 - 2.3. Nachtrag zum Nachtrag: «Je planmässiger die Menschen vorgehen, ...»
3. Änderungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA
 - 3.1. Vorbemerkungen
 - 3.2. Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften im Ausland
 - 3.3. Globale Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken
 - 3.4. Abklärung bei Sitzgesellschaften
 - 3.5. Angaben bei Zahlungsaufträgen
 - 3.6. Vereinfachte Sorgfaltspflichten für Herausgeber von Zahlungsmitteln
 - 3.7. Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken («GmeR»)
 - 3.7.1. Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken
 - 3.7.2. «High Risk» oder «nicht kooperative» Länder gemäss GAFI
 - 3.7.3. Neue Pflichten bei der internen Konkretisierung der Kriterien für GmeR
 - 3.7.4. Zwingende Qualifizierung als Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken
 - 3.8. Transaktionen mit erhöhten Risiken
 - 3.9. Überwachung der Geschäftsbeziehungen und der Transaktionen
 - 3.10. Entscheidungskompetenz bei Meldungen
 - 3.11. Zweifelhafte Geschäftsbeziehungen und Melderecht
 - 3.12. Abbruch der Geschäftsbeziehung
 - 3.13. Besondere Bestimmungen für Banken und Wertpapierhäuser
 - 3.14. Besondere Bestimmungen für DUFI und Personen nach Art. 1b BankG
 - 3.15. Änderungen in den Reglementen der Selbstregulierungsorganisationen
 - 3.16. Änderungen aufgrund des Entwurfs für eine Finanzinstitutsverordnung-FINMA
4. Änderungen in der VSB
 - 4.1. Übersicht
 - 4.2. Sorgfaltspflichten bei Kassageschäften – Senkung des Schwellenwerts
 - 4.3. Sorgfaltspflichten bei Handelsgeschäften – Wegfall des Schwellenwerts
 - 4.4. Video- und Online-Identifizierung
 - 4.5. Kontoeröffnung ohne vollständige Dokumentation
5. Schlussbemerkungen
 - 5.1. Geldwäschereiregulierung ausser Rand und Band
 - 5.2. Keine Problemlösungen ohne Lösungsprobleme.

1. Einleitung¹

[1] Mit der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen² hätte in der Schweiz der nächste Regulierungsschub zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung lanciert werden sol-

¹ Die Publikation ist Teil III einer losen mehrteiligen Publikation über die regulatorischen Entwicklungen in der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung. Teil I zu den 2019 in Kraft getretenen Änderungen ist am 13. Januar 2020 im Jusletter erschienen, Teil II zu den 2020 aufgrund von FIDLEG/FINIG in Kraft getretenen Änderungen am 9. März 2020. Teil IV wird sich mit den vorgesehenen Änderungen im Geldwäschereigesetz befassen, sofern das Parlament auf die GAFI-Vorlage doch noch eintreten sollte. Teil V (bzw. ev. Teil IV) wird sich mit der Wirksamkeit des Geldwäschereidispositivs in der Schweiz befassen und später erscheinen. Für die Darstellung der Ausgangslage, welche zu den aktuellen Änderungen geführt haben, wird auf Teil I im Jusletter vom 13. Januar 2020 verwiesen.

² In der vorliegenden Publikation wird die französische Abkürzung «GAFI» aus der Botschaft verwendet. Oft wird anstelle von «GAFI» die englische Abkürzung «FATF» verwendet.

len.³ Es ist – zumindest vorläufig – anders gekommen. Der Entscheid des Nationalrates, nicht auf einen Vorschlag des Bundesrats zu Änderungen im Geldwäschereigesetz einzutreten, fiel mit 107 zu 89 Stimmen.⁴ Gegen ein verschärftes Geldwäschereigesetz stimmten mit wenigen Ausnahmen die bürgerlichen Fraktionen von SVP, FDP und Mitte. Bereits die vorberatende Rechtskommission hatte mit 13 zu 12 Stimmen Nichteintreten beantragt.

[2] Als Nächstes entscheidet der Ständerat über die Vorlage. Tritt auch er nicht auf das Geschäft ein, ist dieses vom Tisch. Entscheidet er sich für Eintreten, muss sich der Nationalrat noch einmal mit der Frage beschäftigen. Die vorberatende Rechtskommission des Ständerats hat am 25. Mai 2020 über das weitere Vorgehen diskutiert.⁵ Sie wird die Eintretensdebatte an einer ihrer nächsten Sitzungen durchführen.⁶

[3] Auf die Vorlage des Bundesrats zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen wird deshalb in einer späteren Publikation nur eingegangen, wenn es zu einer Beratung des Geschäfts durch das Parlament kommt.

[4] Auch wenn die GAFI-Vorlage des Bundesrates möglicherweise Schiffbruch erleiden wird, haben die GAFI-Empfehlungen in der Schweiz trotzdem bereits Wirkungen erzielt. So beschloss die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA bereits 2018⁷, per 1. Januar 2020 einzelne Anpassungen in ihrer Geldwäschereiverordnung vorzunehmen. Angepasst wurde ebenfalls per 1. Januar 2020 die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20)⁸. Beide Regelungen werden in den Kapiteln 3 und 4 erläutert.

[5] Vorwirkung erzielte auch bereits die Botschaft des Bundesrates zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, allerdings in äusserst ungewöhnlicher Art und Weise und dazu noch ohne Bezug zu den GAFI-Empfehlungen. Bereits in Teil II der Publikationsreihe wurde erwähnt, dass die Neuregelung der Aufsicht für die Handelsprüfer nach Edelmetallkontrollgesetz (EMKV) per 1. Januar 2020 gemäss FINIG nach dem Willen des Bundesrats bloss eine vorläufige Regelung sein soll bzw. gar nie umgesetzt würde.⁹ Im anschliessenden Kapitel 2 folgt deshalb ein Nachtrag zur bereits in Kraft getretenen neuen Regelung der Aufsicht für Handelsprüfer. Die Publikation wird mit ein paar Schlussbemerkungen abgeschlossen.

³ Zum Länderexamen der GAFI, welches Anlass zu den Empfehlungen gab, siehe Teil I, Kapitel 2.5.

⁴ SDA-Meldung vom 2. März 2020 (https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2020/20200302174255192194158159041_bsd180.aspx, alle Websites zuletzt besucht am 22. Juli 2020).

⁵ Laut Medienmitteilung vom 26. Mai 2020 (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2020-05-26.aspx>) hatte die Rechtskommission die Verwaltung an ihrer letzten Sitzung beauftragt, ihr drei Optionen zu unterbreiten, die den Hauptkritikpunkten des Nationalrates Rechnung tragen. Die erste Option sieht die Streichung der ganzen Massnahme zu den Beraterinnen und Beratern vor, die zweite die Streichung der Prüfpflicht für die Beraterinnen und Berater und die dritte die Einschränkung des Geltungsbereichs der Massnahme zu den Beraterinnen und Beratern.

⁶ Die Rechtskommission hat die Änderung des Geldwäschereigesetzes für die Sitzung vom 11. August 2020 traktandiert.

⁷ Medienmitteilung der FINMA vom 18. Juli 2018 (<https://www.finma.ch/de/news/2018/07/20180718-mm-gwv-finma/>).

⁸ Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20), Schweizerische Bankiervereinigung: https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/vereinbarung-ueber-die-standesregeln-zur-sorgfaltspflicht-der-banken-vs-20/vsb_2020_einzelseiten_print_de.pdf/@@download/file.

⁹ Siehe Teil II, Kapitel 2.3.2.2.

2. Nachtrag zu den Handelsprüfern: Alles neu mit der GAFI-Umsetzung

2.1. Anderes Aufsichtsregime für Handelsprüfer und Groupengesellschaften

[6] In Teil II der Publikationsreihe wurde u. a. erläutert, wie die Aufsicht über die Handelsprüfer, welche mit Bankedelmetallen handeln (nachfolgend «Handelsprüfer»), mit dem FINIG neu organisiert werden soll.¹⁰ Die Änderungen sind bekanntlich per 1. Januar 2020 in Kraft getreten, mit langen Übergangsfristen.¹¹

[7] Die Handelsprüfer bzw. deren Verband waren mit der vom Parlament beschlossenen neuen Aufsicht durch Aufsichtsorganisationen im FINIG nicht einverstanden. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen schlug der Verband der Edelmetallhersteller und -händler (ASFCMP) – unabhängig von den Empfehlungen des GAFI – eine zusätzliche Massnahme vor:¹² Die Branche wünschte, dass anstelle der Aufsichtsorganisationen gemäss FINIG das Zentralamt für Edelmetallkontrolle (nachfolgend «Zentralamt»)¹³ die Handelsprüfer beaufsichtigt. Das mit dem FINIG bereits in Kraft getretene neue Aufsichtsregime soll nun gemäss Bundesrat geändert werden, bevor es – nach Ablauf der Übergangsfristen – überhaupt umgesetzt wird!

[8] Begründet wurde der Vorschlag der ASFCMP mit der Änderung, welche das Parlament beim Aufsichtsregime über Vermögensverwalter, Anlageberater, Trustees und Handelsprüfer in Abweichung von der bundesrätlichen Vorlage beschlossen hatte. Anders als ursprünglich geplant, handelt es sich bei den neuen Aufsichtsorganisationen um private Organisationen, vergleichbar mit den bereits existierenden Selbstregulierungsorganisationen gemäss Geldwäschereigesetz (nachfolgend «SRO»). Dies lief dem Zweck der Revision für die Handelsprüfer, weiterhin durch eine (halb-) staatliche Organisation beaufsichtigt zu werden, tatsächlich zuwider.¹⁴ Der ASFCMP forderte deshalb in der Vernehmlassung zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, die Kompetenzen des Zentralamts zu stärken und die Geldwäscherei-Aufsicht über die Handelsprüfer, anders als im FINIG-System vorgesehen, dem Zentralamt zu übertragen. Mit der Zentralisierung und Stärkung der Aufsicht durch das Zentralamt sollte auch eine Zersplitterung der Aufsicht über die Handelsprüfer, insbesondere bei der Bekämpfung der Geldwäscherei, vermieden werden.¹⁵

[9] Der Bundesrat schlug deshalb in der Botschaft zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vor, das Zentralamt mit der Geldwäscherei-Aufsicht über die Handelsprüfer zu beauftragen.¹⁶

¹⁰ Siehe Teil II, Kapitel 2.3.2.

¹¹ Die Handelsprüfer hätten sich bis 30. Juni 2020 bei der FINMA melden müssen. Bis spätestens 31. Dezember 2021 müssen sie bei der FINMA ein Bewilligungsgesuch einreichen und sich einer Aufsichtsorganisation anschliessen.

¹² Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019, BBl 2019 5451, S. 5463.

¹³ Staatliche Behörde für die Edelmetallkontrolle gemäss dem Bundesgesetz über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (Edelmetallkontrollgesetz, EMKG), <https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/edelmetallkontrolle.html>.

¹⁴ Siehe Teil II, Kapitel 2.3.2.

¹⁵ Eine Koordination der Aufsicht über die Handelsprüfer wurde bereits bei der Einführung des Geldwäschereigesetzes für die Nicht-Banken-Finanzintermediäre per 1. April 2000 verpasst. So wurden die Handelsprüfer bis 31. Dezember 2019 von zwei verschiedenen Aufsichtsbehörden überwacht, vom Zentralamt für die Belange des Edelmetallkontrollgesetzes und von der FINMA oder von Selbstregulierungsorganisationen für die Belange des Geldwäschereigesetzes.

¹⁶ BBl 2019 5451, S. 5501. Unter das vorgeschlagene Regime würde auch eine Gesellschaft, die gewerbmässig mit Bankedelmetallen eines Handelsprüfers handelt, zu dessen Gesellschaftsgruppe sie gehört, ohne selbst Handelsprüfer zu sein, fallen.

2.2. Übergangsbestimmungen

[10] Nach Auffassung des Bundesrats machte es keinen Sinn, die Handelsprüfer zu zwingen, sich für einige Monate dem am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen FINIG-Aufsichtsregime zu unterstellen.¹⁷ Aus «*praktischen Gründen und aus Gründen der Verfahrensökonomie*» sei ein direkter Übergang vom aktuellen GwG-Regime zum neuen – erst geplanten – Bewilligungs- und Aufsichtsregime durch das Zentralamt vorzusehen!¹⁸ Dazu müssten die durch das FINIG eingeführten Bestimmungen über die Handelsprüfer und die Gruppengesellschaften rückwirkend (!) geändert werden, sodass sie letztendlich auf sie gar nicht anwendbar seien.

[11] Handelsprüfer würden deshalb als ehemalige DUFI zwischen dem Inkrafttreten des FINIG und dem Zeitpunkt, in dem sie vom Zentralamt eine Bewilligung nach diesem Gesetzesentwurf erhalten, keiner Aufsicht unterstehen.¹⁹ Sie würden für diesen Zeitraum einer zugelassenen Prüfgesellschaft einen Auftrag für eine Prüfung nach GwG erteilen müssen. Diese Verpflichtung werde rückwirkend anwendbar sein. Die Lösung sei mit den betroffenen Handelsprüfern und Gruppengesellschaften auf deren Ersuchen vereinbart worden! Sie würden demnach bereits ihre Pflicht kennen, nach dem Inkrafttreten des FINIG eine zugelassene Prüfgesellschaft beauftragen zu müssen.

[12] Die vereinbarte Lösung wird auf praktische Schwierigkeiten stossen: Mit Inkrafttreten des FINIG ist die Zuständigkeit der FINMA für DUFI wegfallen, und zwar nicht nur für die Aufsicht. Der FINMA fehlt seit 1. Januar 2020 auch die Zuständigkeit für die Konkretisierung der Sorgfaltspflichten für die ex-DUFI.²⁰ Für ex-DUFI, welche sich bisher noch keiner SRO angeschlossen haben, gelten seit dem 1. Januar 2020 einzig die Sorgfaltspflichten gemäss Geldwäschereigesetz als Rahmengesetz. Eine gültige Konkretisierung, wie sie bisher der 5. Titel der Geldwäschereiverordnung der FINMA vorsah, fehlt seither für ex-DUFI vollständig.²¹ Welche *konkretisierten* Sorgfaltspflichten Handelsprüfer und Gruppengesellschaften in dieser Zeit einhalten und deren Einhaltung überprüfen lassen sollen, ist deshalb völlig rätselhaft. Der Bundesrat äussert sich zu dieser Frage in der Botschaft nicht und überlässt damit die Lösung den Handelsprüfern und deren Prüfgesellschaften. Im Ergebnis müssten die Handelsprüfer nach Auffassung des Bundesrates mit der Prüfung somit eine Pflicht einhalten, welche ihnen ein zukünftiges Gesetz, das vom Parlament noch gar nicht behandelt, geschweige denn verabschiedet wurde, rückwirkend auferlegen wird, wobei die konkreten Regeln, deren Einhaltung geprüft werden sollen, gar nicht existieren!

[13] Damit noch nicht genug: Gemäss Botschaft werde das Zentralamt im Rahmen der Prüfung des im Gesetzesentwurf vorgesehenen Bewilligungsantrags kontrollieren, ob die Handelsprüfer

¹⁷ Bei den meisten betroffenen Handelsprüfern handelt es sich um ehemalige direkt der Aufsicht der FINMA unterstellte Finanzintermediäre (sog. DUFI).

¹⁸ BBl 2019 5451, S. 5501.

¹⁹ Dies gilt allerdings für max. 1 Jahr bereits aufgrund der Übergangsbestimmungen des FINIG (siehe Teil II, Kapitel 2.3.2.1.).

²⁰ Siehe Teil II, Kapitel 2.7.

²¹ Bis 31. Dezember 2019 gehörte es gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. e aGwG zu den Aufgaben der FINMA, für die ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre die Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel festzulegen, wie diese zu erfüllen seien. Per 1. Januar 2020 ist mit dem Wegfall der Zuständigkeit für die Aufsicht der FINMA auch deren Aufgabe zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten weggefallen. Art. 18 Abs. 1 Bst. e aGwG ist in der seit dem 1. Januar 2020 geltenden Fassung des GwG *gestrichen*. Dessen ungeachtet stützt sich die seit dem 1. Januar 2020 geltende Fassung der Geldwäschereiverordnung der FINMA weiterhin auf den – gestrichenen – Art. 18 Abs. 1 Bst. e aGwG als Rechtsgrundlage für ihre Verordnung. Diese enthält trotz Wegfall der Kompetenz auch weiterhin alle Regelungen für DUFI, inkl. der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten (siehe dazu Teil II, Kapitel 2.7.2.).

ihre Verpflichtung eingehalten hätten. Wer dagegen verstosse, solle nach Art. 56a E-EMKG, der die Bestimmungen von Art. 44 FINMAG übernehme, beim EFD wegen unrechtmässiger Ausübung einer Tätigkeit angezeigt werden. Betroffene Handelsprüfer würden für die Verletzung einer Pflicht, die im Zeitpunkt der Verletzung noch nicht bestand, jedoch mit diesen vereinbart wurde, und erst durch eine zukünftige Rechtsgrundlage *rückwirkend* geschaffen würde, bestraft, gestützt auf eine Strafbestimmung, welche im Zeitpunkt der Verletzung der Pflicht ebenfalls noch nicht bestand!

[14] Handelsprüfer und Gruppengesellschaften, die am 1. Januar 2020 bereits einer SRO angeschlossen sind, werden weiter deren Aufsicht unterstehen, bis sie gemäss Gesetzesentwurf vom Zentralamt eine Bewilligung zur Ausübung des Bankedelmetallhandels erhalten haben werden. Auch diese Handelsprüfer hätten sich mit anderen Worten gemäss Botschaft weder bis zum 30. Juni 2020 bei der FINMA melden müssen noch müssten sie innert zwei Jahren eine Bewilligung einholen. Sie werden das Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzesentwurfs abwarten und anschliessend beim Zentralamt innerhalb der vorgesehenen Frist die Bewilligung einholen müssen.

[15] Mit dieser nachträglichen Änderung der Schlussbestimmung zum FINIG für Handelsprüfer wird das im Rahmen des FINIG-Regimes vorgesehene besondere Bewilligungs- und Aufsichtsregime der Handelsprüfer nach Auffassung des Bundesrats *de facto* gar nie in Kraft treten. Um es noch einmal klar zu machen: Der Bundesrat schlägt allen Ernstes vor, dass sich Handelsprüfer nach Inkrafttreten des FINIG am 1. Januar 2020 nicht an dieses Gesetz halten müssen, sondern an ein zukünftiges, noch zu beschliessendes Gesetz, welches dann rückwirkend Geltung haben wird, dies alles in Absprache mit der betroffenen Branche. Die Ironie der Geschichte: Die Materie und die Dispensation zur Einhaltung eines Gesetzes betrifft das Aufsichtsregime für Handelsprüfer, welches die Einhaltung des Geldwäschereigesetzes durch die Handelsprüfer sicherstellen soll. . .

2.3. Nachtrag zum Nachtrag: «Je planmässiger die Menschen vorgehen, ...»²²

[16] So haarsträubend und minutiös der Bundesrat die Lösung für die Handelsprüfer in der Botschaft zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen auch eingefädelt hatte, sie könnte nun durch einen Zufall, hier als Unfall getarnt, scheitern. Tritt auch der Ständerat nicht auf die Vorlage ein oder entscheidet der Nationalrat auch in der zweiten Runde auf Nichteintreten, fällt das ganze Konstrukt in sich zusammen:

- Die Handelsprüfer müssten sich an die seit dem 1. Januar 2020 geltenden Regelungen und Übergangslösungen des FINIG halten.²³ Gemäss Schlussbestimmung im Edelmetallkontrollgesetz zur Änderung vom 15. Juni 2018 hätten sie sich bis am 30. Juni 2020 bei der

²² Das vollständige Zitat von FRIEDRICH DÜRRENMATT lautet: «*Je planmässiger die Menschen vorgehen, desto wirksamer vermag sie der Zufall zu treffen.*». Das Zitat stammt aus dem Programmheft zu «Die Physiker», Uraufführung 1962, These 8 (erwähnt in: PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Auflage, Stand der Dinge, Rz. 32).

²³ Siehe Teil II, Kapitel 2.3.2.1.

FINMA melden müssen²⁴ und muss(t)en bis am 31. Dezember 2021 ein Bewilligungsgesuch einreichen²⁵;

- Hingegen könnten sie von Erleichterungen, welche für Vermögensverwalter, Trustees und andere Ex-DUFI in der FINIV vorgesehen sind, nicht profitieren.²⁶ Handelsprüfer müssten gemäss den Übergangsbestimmungen in Art. 42 GwG bis 31. Dezember 2020 bei einer SRO ein Anschlussgesuch stellen.²⁷ Bis zum Entscheid über das Gesuch könnten sie ihre Tätigkeit fortführen.²⁸

[17] Sollte die GAFI-Vorlage scheitern, muss der Bundesrat für die Handelsprüfer rasch Übergangsbestimmungen in der FINIV bzw. der EMKV schaffen, damit diese von denselben Erleichterungen wie die Vermögensverwalter und Trustees profitieren können.

[18] Nicht auf Verordnungsstufe gelöst werden könnte jedoch das Problem, welches für das Regulierungschaos verantwortlich war: Die potenzielle Benachteiligung der Handelsprüfer an den internationalen Handelsplätzen aufgrund der nun drohenden ungenügenden staatlichen Aufsicht. Hier müsste der Bundesrat rasch eine neue, separate Gesetzesvorlage ausarbeiten, um wenigstens diesen Teil der GAFI-Vorlage über die Bühne zu bringen, bevor der Schaden für die Handelsprüfer eintritt.

²⁴ Zu diesem Zeitpunkt wird die Frage, ob das Parlament auf die Vorlage überhaupt eintreten wird, noch nicht geklärt sein. Tritt das Parlament später definitiv nicht auf die Vorlage ein, werden die Handelsprüfer die Meldefrist vom 30. Juni 2020 verpasst haben, falls sie bis zum Nichteintretens-Entscheid zuwarten. Soweit ersichtlich dürfte die verspätete Meldung zumindest keine strafrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Die Verletzung der Meldepflicht gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung vom 15. Juni 2018 des EMKG ist weder nach dem EMKG noch nach dem FINMAG strafbar.

²⁵ Wie bereits in Teil II erwähnt, hatte es das Parlament verpasst, die Übergangsfrist für die Handelsprüfer auf drei Jahre zu verlängern, nachdem es diese Wohltat bereits den Vermögensverwaltern und Trustees zugestanden hatte (siehe Teil II, Kapitel 2.3.2.1.).

²⁶ Siehe Teil II, Kapitel 2.3.1.2. und 2.3.1.2.

²⁷ Der Entwurf der FINIV hatte in Ziff. 9 des Anhangs 1 noch verschiedene Änderungen in der EMKV vorgesehen, u. a. eine Übergangsbestimmung für Handelsprüfer, welche bis 31. Dezember 2019 der direkten Aufsicht der FINMA unterstanden. Diese hätten sich – entgegen Art. 42 GwG – keiner SRO anschliessen müssen, wenn sie innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des FINIG a. von einer Aufsichtsorganisation die Zusage einer Unterstellung nach Art. 7 Abs. 2 FINIG erhalten hätten, und b. bei der FINMA ein Bewilligungsgesuch stellen würden. Nach der Verabschiedung der Botschaft zur GAFI-Vorlage hatte der Bundesrat jedoch darauf vertraut, dass der Gesetzgeber seine mit dem FINIG per 1. Januar 2020 in Kraft getretene Regelung der Aufsicht über die Handelsprüfer durch die Verabschiedung der GAFI-Vorlage rückwirkend ändern werde und diese gar nie in Kraft treten würde. Er strich deshalb in der finalen Fassung der FINIV im Herbst 2019 die scheinbar überflüssig gewordenen Übergangsregelungen für Handelsprüfer.

²⁸ Würde ein Nichteintretensentscheid des Parlaments erst 2021 gefällt werden, riskierten Handelsprüfer als ex-DUFI, welche bis 31. Dezember 2020 bei einer SRO kein Beitrittsgesuch gestellt haben, ab 1. Januar 2021 eine unbewilligte Tätigkeit gemäss Geldwäschereigesetz auszuüben. Die Tätigkeit ohne Anschluss an eine SRO ist gemäss Art. 44 FINMAG strafbar. Die vorsätzliche Tatbegehung wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, die fahrlässige mit Busse bis zu 250'000 Franken. Sollte der Eintretensentscheid des Parlaments definitiv erst 2021 gefällt werden, kann die möglicherweise ab 1. Januar 2021 unbewilligte Tätigkeit nur mit einem vorsorglichen Beitrittsgesuch bis spätestens 31. Dezember 2020 vermieden werden.

3. Änderungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA²⁹

3.1. Vorbemerkungen

[19] Für die Umsetzung der GAFI-Empfehlungen waren auch Anpassungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) erforderlich. Die FINMA eröffnete deshalb bereits am 4. September 2017 eine Anhörung zu einer Teilrevision.³⁰ Einzelne neue Regelungen trafen im Vernehmlassungsverfahren auf Widerstand, weil die gesetzliche Grundlage bestritten wurde.³¹ Die FINMA und der Bundesrat beschlossen deshalb, die kritischen Änderungen in das Geldwäschereigesetz zu überführen, um die geforderte gesetzliche Grundlage zu schaffen. Sie wurden vom Bundesrat im Rahmen der GAFI-Vorlage in den Gesetzesentwurf für die Änderungen im Geldwäschereigesetz aufgenommen.³²

[20] Die FINMA publizierte deshalb am 18. Juli 2018 einen Änderungserlass zur GwV-FINMA, welcher die leicht entschlackten und aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens überarbeiteten Änderungen enthielt.³³ Gegenüber der Anhörungsvorlage hatte die FINMA nach ihren eigenen Angaben folgende Änderungen vorgenommen:³⁴

- Die Verifizierungs- und Aktualisierungspflicht samt den dazugehörigen Übergangsbestimmungen waren aufgrund der bestrittenen gesetzlichen Grundlage nicht mehr Teil der Vorlage;
- Bei den Angaben zum Zahlungsverkehr wurde präzisiert, dass die Pflicht zur Vornahme einer Richtigkeitsprüfung auf grenzüberschreitende Zahlungen anzuwenden ist;
- Beim Beispielkatalog mit den Kriterien, die auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken hinweisen, wurde auf eine explizite Nennung der Kombination von Sitzgesellschaft und Unternehmen als Beispiel für eine komplexe Struktur verzichtet. Auf das Risikokriterium «Vermittlung oder Betreuung von Geschäftsbeziehungen durch andere Dienstleister» wurde verzichtet;
- Bei den Bestimmungen im Bereich Meldewesen erfolgte eine Präzisierung der Vorgaben zur Delegation der Entscheidungskompetenz bei Meldungen.

[21] Die FINMA nahm auch Erkenntnisse aus ihrer Aufsichts- und Enforcementpraxis in die überarbeitete GwV-FINMA auf. Die teilrevidierte GwV-FINMA konkretisierte weiter die Anforderungen zur globalen Überwachung der Risiken für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Dies betrifft Schweizer Finanzintermediäre mit Zweigniederlassungen oder Gruppengeschaf-

²⁹ Per 1. Januar 2020 traten weitere Änderungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) in Kraft, welche sich durch das neue Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) ergeben hatten. Auf diese Änderungen wurde bereits in Teil II der Publikationsreihe eingegangen (Kapitel 2.2. und 2.7.).

³⁰ FINMA eröffnet Anhörung zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung-FINMA, 4. September 2017, <https://www.finma.ch/de/news/2017/09/20170904-mm-geldwaeschereiverordnung-finma/>.

³¹ Siehe Bericht über die Anhörung vom 4. September bis 16. Oktober 2017 zum Entwurf der Teilrevision der GwV-FINMA, 20. Juni 2018, S. 9 (nachfolgend «Anhörungsbericht»); (<https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoeerungen/laufende-anhoeerungen/rs-gwv/20180718-ab-gwv-finma.pdf?la=de>).

³² BBl 2019 5451, S. 5458.

³³ FINMA veröffentlicht teilrevidierte Geldwäschereiverordnung-FINMA, 18. Juli 2018: <https://www.finma.ch/de/news/2018/07/20180718-mm-gwv-finma/>.

³⁴ Siehe Anhörungsbericht (Fn. 30), S. 4.

ten im Ausland. Präzisiert wurden auch die erforderlichen Massnahmen im Risikomanagement, wenn Sitzgesellschaften oder komplexe Strukturen eingesetzt werden oder Bezüge zu Hochrisikoländern bestehen. Zudem senkte die FINMA den Schwellenwert bei Kassageschäften auf 15'000 Franken.³⁵ Die Änderungen sind am 1. Januar 2020 in Kraft getreten.

3.2. Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften im Ausland

[22] Gemäss Art. 5 Abs. 1 GwV-FINMA musste ein Finanzintermediär bereits bisher dafür sorgen, dass seine Zweigniederlassungen oder seine im Finanz- oder Versicherungsbereich tätigen Gruppengesellschaften im Ausland verschiedene, in den Buchstaben a.–e. aufgeführten Prinzipien des Geldwäschereigesetzes und der Geldwäschereiverordnung-FINMA einhalten.³⁶ Buchstabe d. nannte als Prinzip die Verwendung eines risikoorientierten Ansatzes. Dieses Prinzip wurde per 1. Januar 2020 durch den Zusatz «*namentlich bei der Risikoklassifikation von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen*» ergänzt.

3.3. Globale Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken

[23] Der Finanzintermediär, der Zweigniederlassungen im Ausland besitzt oder eine Finanzgruppe mit ausländischen Gesellschaften leitet, muss gemäss Art. 6 Abs. 1 GwV-FINMA seine mit Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken global erfassen, begrenzen und überwachen.^{37,38} Diese allgemeine Formulierung wurde nun mit vier

³⁵ Zum neuen Schwellenwert siehe unten Kapitel 3.14. und 4.2.

³⁶ Soweit Art. 5 Abs. 1 GwV-FINMA die Einhaltung der Prinzipien des GwG und der GwV-FINMA durch Tochtergesellschaften des Finanzintermediärs im Ausland betrifft, bezweckt die Regelung eine extraterritoriale Wirkung. Regelungen des Schweizer Rechts sollen damit unmittelbar auch für – rechtlich selbständige – Tochtergesellschaften gelten, deren Rechtsdomizil sich im Ausland befindet. Im öffentlichen Recht gilt jedoch grundsätzlich das Territorialitätsprinzip (BGE 133 II 331 E. 6.). Dies bedeutet, dass das schweizerische öffentliche Recht grundsätzlich nur anwendbar ist auf Sachverhalte, die sich in der Schweiz zutragen. Für eine extraterritoriale Wirkung ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage sowie eine eindeutige Binnenbeziehung der extraterritorialen Sachverhalte zum inländischen Recht erforderlich. Die ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt im Geldwäschereigesetz. Eine generelle extraterritoriale Wirkung der Sorgfaltspflichten gemäss dem 2. Kapitel des Geldwäschereigesetzes hat der Gesetzgeber weder explizit noch implizit angeordnet. Zu dieser Frage ist auch der Botschaft zum Geldwäschereigesetz nichts zu entnehmen. Der Verweis auf Art. 17 und Art. 18 Abs. 1 Bst. e GwG als gesetzliche Grundlagen für die GwG-FINMA führt deshalb hier ins Leere. Auf diese beiden Artikel verweist der Ingress der aktuellen Geldwäschereiverordnung-FINMA als gesetzliche Grundlage. Art. 18 Abs. 1 Bst. e GwG wurde wie bereits erwähnt per 1. Januar 2020 aufgehoben. Die FINMA führt den Artikel dennoch weiterhin als gesetzliche Grundlage in ihrer Geldwäschereiverordnung auf. Gemäss den beiden erwähnten Artikeln im GwG kann die FINMA die Sorgfaltspflichten nach dem 2. Kapitel des Geldwäschereigesetzes unter gewissen Voraussetzungen *konkretisieren*. Die FINMA darf in ihrer Verordnung jedoch nur konkretisieren, was das Geldwäschereigesetz als Sorgfaltspflicht überhaupt regelt. Nach hier vertretener Auffassung fehlt im Geldwäschereigesetz eine gesetzliche Grundlage für die extraterritoriale Anwendung von Art. 5 Abs. 1 GwV-FINMA bei Tochtergesellschaften im Ausland. Dies gilt allerdings bereits für die bisherige Regelung, erst recht jedoch für die viel weiter gehende neue Regelung. Die Situation unterscheidet sich vom Sachverhalt, wie er BGE 143 II 162 zugrunde lag. Dort verlangte die FINMA gestützt auf neue Empfehlungen der GAFI von einer SRO Änderungen zu einzelnen Sorgfaltspflichten in deren Reglement. Betroffen waren die Sorgfaltspflichten im 2. Kapitel des Geldwäschereigesetzes, somit im Kompetenzbereich der FINMA. Es handelte sich um Änderungen im Rahmen der (erlaubten) Konkretisierung bestehender Sorgfaltspflichten durch die FINMA und nicht um neue Sorgfaltspflichten. Das Bundesgericht erachtete die *untergeordneten technischen* Anpassungen direkt gestützt auf die materiellen geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten als aufsichtsrechtlich zulässig.

³⁷ Zur Sicherstellung dieser Anforderung sah die alte Fassung der GwV-FINMA in Abs. 2 konkrete Massnahmen vor.

³⁸ Die FINMA hatte mit dieser Regelung nach hier vertretener Auffassung bereits bei Ihrer Einführung per 1. Januar 2009 den sachlichen Anwendungsbereich über das Geldwäschereigesetz hinaus ausgedehnt. Dieses sieht einerseits kein Risikomanagement von Rechts- und Reputationsrisiken vor, sondern ausschliesslich Sorgfaltspflichten

Anforderungen ergänzt, welche der Finanzintermediär erfüllen muss (Bst. a.–d.).³⁹ Diese sind zusammengefasst:

- Die Erstellung einer Risikoanalyse auf konsolidierter Basis;
- Eine mindestens alljährliche standardisierte Berichterstattung, sodass der Finanzintermediär seine Rechts- und Reputationsrisiken auf konsolidierter Basis zuverlässig einschätzen kann;
- Eine Pflicht für die Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften zur Information des Finanzintermediärs über die Aufnahme und Weiterführung von risikorelevanten bedeutendsten Geschäftsbeziehungen und Transaktionen sowie über sonstige wesentliche Veränderungen in den Rechts- und Reputationsrisiken;
- Die Durchführung von risikobasierten internen Kontrollen vor Ort in den Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften durch die Compliance-Funktion der Gruppe.

[24] In Abs. 2 Bst. a wurden als interne Überwachungsorgane neu namentlich die Compliance-Funktion und die interne Revision erwähnt. In Abs. 2 Bst. a und b wurden zusätzlich die Zweigniederlassungen eingefügt.

3.4. Abklärung bei Sitzgesellschaften

[25] Nach dem Gliederungstitel des 4. Kapitels wurde mit Art. 9a GwV-FINMA Abklärungen bei Sitzgesellschaften ein neuer Artikel eingefügt. Der Finanzintermediär muss neu die Gründe für die Verwendung von Sitzgesellschaften (immer) abklären.

[26] Die Bestimmung, welche zudem ergänzt wurde, ist im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 2 Bst. h GwV-FINMA zu sehen.⁴⁰ Dort gilt die Verwendung von Sitzgesellschaften nur als *mögliches* Kriterium für eine Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken. Abklärungen der Gründe für die Verwendung von Sitzgesellschaften mussten deshalb bisher nur vorgenommen werden, wenn eine Bank die Verwendung von Sitzgesellschaften als Kriterium in ihre Regelungen für Ge-

zur Verhinderung der Geldwäscherei. Zur Erinnerung: Das Konzept der Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken wurde bereits 2003 durch die Eidg. Bankenkommision EBK in ihrer ersten Geldwäschereiverordnung eingeführt und von der FINMA 2009 unverändert übernommen. Die EBK setzte damals – in Umgehung des Gesetzgebers – Empfehlungen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht aus dem Dokument Nr. 85, Sorgfaltspflicht der Banken bei der Feststellung der Kundenidentität, Oktober 2001 (<https://www.bis.org/publ/bcbs85g.pdf>) um. Dem Dokument des Basler Ausschusses ist zu entnehmen, dass die Rechts- und Reputationsrisiken sich nicht nur auf Geldwäscherei bezogen, sondern generell auf Risiken bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit neuen Kunden (z. B. auf finanzielle Risiken). Der Begriff wurde in der Geldwäschereiverordnung deshalb seit Beginn zu weit gefasst. Andererseits fehlen im Geldwäschereigesetz – erst recht – Vorschriften für ein *konsolidiertes Risikomanagement* von Rechts- und Reputationsrisiken. Die EBK hatte die Rechtsgrundlagen in ihrem Entwurf zur Geldwäschereiverordnung 2003 noch wesentlich breiter gefasst und nicht bloss auf das Geldwäschereigesetz verwiesen. Der Entwurf nahm zusätzlich zum Geldwäschereigesetz auch ausdrücklich Bezug auf die Gewährartikel in den einzelnen Finanzmarktaufsichtsgesetzen. In der definitiven Fassung wurde bei der gesetzlichen Grundlage nur noch auf das Geldwäschereigesetz verwiesen. Der Autor vermutete bereits damals, dass die Streichung der übrigen Rechtsgrundlagen aus Rücksicht auf die Kontrollstelle für Geldwäscherei erfolgt war, weil diese für ihre eigene Geldwäschereiverordnung mit vergleichbaren Regelungen ausschliesslich auf das Geldwäschereigesetz Bezug nehmen konnte (MICHAEL KUNZ/PATRICK HUNGER, Geschäftsbeziehungen der Banken mit erhöhten Risiken, Der Schweizer Treuhänder, 8/03, EN 7).

³⁹ Soweit die Regelungen extraterritoriale Wirkung haben, wird auf die vorstehenden Ausführungen zu diesem Thema verwiesen.

⁴⁰ Siehe dazu unten Kapitel 3.7.

schäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken übernommen hatte. Mit Art. 9a GwV-FINMA müssen nun ausnahmslos alle Finanzintermediäre die Gründe für die Verwendung von Sitzgesellschaften abklären.

3.5. Angaben bei Zahlungsaufträgen

[27] Gemäss Art. 10 Abs. 1 GwV-FINMA muss der Finanzintermediär des Auftraggebers bei Zahlungsaufträgen verschiedene Informationen angeben (sog. Reiseregeln). Abs. 1 wurde nun mit einer Verpflichtung für den Finanzintermediär ergänzt, dass er sicherstellen muss, dass die Angaben zum Auftraggeber zutreffend und vollständig und die Angaben zur begünstigten Person vollständig sind.

[28] Die Erläuterungen der FINMA zu dieser Regelung sind exemplarisch für den regulatorischen Prozess in der Schweiz:⁴¹

Diese Vorgabe resultiert aus der FATF-Empfehlung 16. Der Zusatz bringt keine materielle Änderung mit sich. Die Vorgabe ist schon heute implizit im Begriff «angeben» in Art. 10 Abs. 1 GwV-FINMA mitenthalten. Der FATF ist die jetzige Regulierung jedoch diesbezüglich nicht genügend explizit.

[29] Die Regelungen werden in der Schweiz nicht mehr für die betroffenen Finanzintermediäre, sondern für das GAFI geändert.

3.6. Vereinfachte Sorgfaltspflichten für Herausgeber von Zahlungsmitteln

[30] Art. 12 Abs. 2 GwV-FINMA sieht für Herausgeber von Zahlungsmitteln für direkt abgeschlossene und auf dem Korrespondenzweg eröffnete Geschäftsbeziehungen unter bestimmten Voraussetzungen vereinfachte Sorgfaltspflichten vor. Die Erleichterung besteht im Verzicht auf die Einholung einer Echtheitsbestätigung für Kopien von Identifikationsdokumenten. Diese wäre bei Online-Kontoeröffnungen bspw. für Banken eigentlich zwingend, weil eine persönliche Vorsprache fehlt und damit eine Eröffnung auf dem Korrespondenzweg vorliegt.⁴² Im Ergebnis kann die zukünftige Kundin oder der zukünftige Kunde gemäss der Erleichterung dem Herausgeber von Zahlungsmitteln eine einfache Kopie eines Identifikationsdokuments zustellen.⁴³

[31] Gemäss einem neuen Abs. 2^{bis} muss der Herausgeber von Zahlungsmitteln bei einem Verzicht auf die Einholung einer Echtheitsbestätigung neu überprüfen, ob die Kopien der Identifikationsdokumente Hinweise auf Verwendung eines falschen oder gefälschten Ausweises aufweisen. Gemäss Erläuterungsbericht der FINMA können zu diesem Zweck bspw. eine visuelle Kontrolle der Ausweiskopien und ein Vergleich der Angaben der Vertragspartei mit den Angaben auf

⁴¹ Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA, 4. September 2017 (nachfolgend: «Erläuterungsbericht»); <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-gwv/20170904-eb-gwv-finma.pdf?la=de>.

⁴² Art. 10 VSB 20.

⁴³ Die Regelung enthält keine Vorschriften zur Art der Übermittlung. In der Praxis geht es um eine elektronische Übermittlung, bspw. durch ein Hochladen eines gescannten Ausweisdokuments im Rahmen eines Onboardings beim Herausgeber des Zahlungsmittels.

dem Ausweis erfolgen. Ebenfalls sei zu prüfen, ob das Erscheinungsbild ausländischer Ausweise demjenigen von offiziellen Ausweisen entspreche.

[32] Sind Hinweise auf Verwendung eines falschen oder gefälschten Ausweises vorhanden, finden die Erleichterungen⁴⁴ keine Anwendung und für die Identifizierung muss eine echtheitsbestätigte Kopie des Identifikationsdokuments vorliegen.

3.7. Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken («GmeR»)

3.7.1. Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken

[33] Art. 13 Abs. 2 GwV-FINMA enthielt in den Buchstaben a.–h. bereits bisher eine Auswahl von verschiedenen Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken, welche je nach Geschäftsaktivität des Finanzintermediärs in Frage kommen. Einzelne Kriterien wurden nun ergänzt und in Bst. i ein neues Kriterium eingefügt.

[34] Buchstabe a, welcher den Sitz oder Wohnsitz der Vertragspartei, der Kontrollinhaberin, des Kontrollinhabers oder der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person als Kriterium nennt, wurde durch ein zusätzliches Kriterium «*namentlich Ansässigkeit in einem von der Financial Action Task Force (FATF) als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachteten Land*» ergänzt.⁴⁵

[35] Art und Ort der Geschäftstätigkeit der Vertragspartei oder der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person gelten gemäss Bst. b ebenfalls als mögliche Kriterien für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken. Neu ist auch namentlich die Geschäftstätigkeit in einem vom GAFI als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachteten Land ein weiteres mögliches Kriterium.

[36] Die Ausweitung der Kriterien auf Länder, welche vom GAFI als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachtet werden, erfolgte auch bei den Transaktionen in Bst. g. Stammen Zahlungen aus einem solchen Land, gilt dies als mögliches Kriterium für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken.

[37] Eine Erweiterung erfuhr auch Bst. h: Die Komplexität der Strukturen war bisher insbesondere durch die Verwendung von Sitzgesellschaften relevant. Neu gilt dies insbesondere durch die Verwendung von *mehreren* Sitzgesellschaften oder von einer Sitzgesellschaft mit fiduziarischen Aktionären, in einer intransparenten Jurisdiktion, ohne nachvollziehbaren Grund oder zwecks kurzzeitiger Vermögensplatzierung. Die neue Regelung wurde gleich mit fünf unbestimmten Rechtsbegriffen bestückt («fiduziarisch», «intransparent», «nachvollziehbar», «kurzzeitig» und

⁴⁴ Die Erleichterung soll bei Hinweisen auf die Verwendung eines falschen oder gefälschten Ausweises nach dem neuen Verordnungstext bei den Absätzen 1 und 2 von Art. 12 GwV-FINMA keine Anwendung finden. Gemäss Abs. 1 ist der Herausgeber von Zahlungsmitteln unter bestimmten Voraussetzungen vollständig von der Pflicht befreit, Kopien der Unterlagen zur Identifizierung der Vertragspartei sowie der Feststellung der Kontrollinhaberin oder des Kontrollinhabers und der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person zu ihren oder seinen Akten zu nehmen. Nicht klar ist, wie der Finanzintermediär in den Fällen von Abs. 1 ohne Ausweiskopie in den Akten gemäss dem neuen Abs. 2^{bis} überprüfen soll, ob der Ausweis Hinweise auf Verwendung eines falschen oder gefälschten Ausweises aufweist.

⁴⁵ Siehe zu diesen Bezeichnungen unten Kapitel 3.7.2.

«Vermögensplatzierung»), welche durch den Finanzintermediär in seinen internen Regelungen konkretisiert werden müssen.⁴⁶

[38] Ein neues Kriterium wurde zudem in Bst. i eingefügt: Häufige Transaktionen mit erhöhten Risiken. Wenn Finanzintermediäre für eine Vertragspartei wiederholt Transaktionen mit erhöhten Risiken wie namentlich Durchlauftransaktionen abwickeln, kann dies gemäss FINMA ein Hinweis darauf sein, dass die Geschäftsbeziehung ebenfalls mit erhöhten Risiken verbunden ist und entsprechend zu kennzeichnen und zu überwachen ist.⁴⁷

3.7.2. «High Risk» oder «nicht kooperative» Länder gemäss GAFI

[39] Gemäss Erläuterungsbericht der FINMA legt(e) das GAFI dreimal jährlich in zwei Typen von Mitteilungen fest, welche Länder als «High Risk» oder «nicht kooperativ» gelten. Es handelt sich um folgende beide Dokumente des GAFI:⁴⁸

- «High-Risk Jurisdictions subject to Call for Action»:⁴⁹ Dieses Dokument identifiziert Länder mit schwerwiegenden strategischen Mängeln zur Bekämpfung von Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung und Proliferationsfinanzierung. Für alle als «High risk»-eingestuften Länder fordert das GAFI alle Mitglieder auf, eine erhöhte Sorgfaltspflicht anzuwenden. In den schwerwiegendsten Fällen sind die Mitglieder aufgefordert, Gegenmassnahmen zu ergreifen, um das internationale Finanzsystem vor Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung

⁴⁶ Ob eine derart offene Regelung der Rechtssicherheit in der Anwendung dient, wird hier in Frage gestellt. Mit der gewählten Formulierung in Bst. h ist eine rechtssichere Anwendung durch die Finanzintermediäre *ausgeschlossen*. Falls sich Jahre später in einer (unzulässigen) Rückschau zeigen sollte, dass mit einer anderen Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe durch den Finanzintermediär im konkreten Anwendungsfall ein unerwünschtes Ereignis hätten vermieden werden können, wird die FINMA zweifellos eine (schwere) Verletzung von Aufsichtsrecht feststellen. Diese «Neuinterpretation» ist nach Auffassung der FINMA in Enforcementverfahren selbst dann möglich, wenn die ursprüngliche Umsetzung der fraglichen Regelung selbst im konkreten Anwendungsfall nach Auffassung der Prüfgesellschaft explizit als aufsichtsrechtskonform qualifiziert wurde.

⁴⁷ Erläuterungsbericht, S. 27. Die FINMA scheint hier ohne Weiteres davon auszugehen, dass Durchlauftransaktionen immer Transaktionen mit erhöhten Risiken sind. Dies trifft nicht zu. Einerseits erfüllen Durchlauftransaktionen nicht immer die Kriterien für Transaktionen mit erhöhten Risiken gemäss Art. 14 Abs. 2 GwV-FINMA, sondern gelten gemäss Anhang GwV-FINMA Ziff. 2.1.2 bloss als Anhaltspunkte für Geldwäscherei. Andererseits gelten die Anhaltspunkte für Geldwäscherei gemäss Art. 38 GwV-FINMA nur für Banken und Wertpapierhäuser (früher: Effektenhändler; die mit dem FINIG erfolgte Änderung der Bezeichnung für Effektenhändler per 1. Januar 2020 wurde in der GwV-FINMA noch nicht nachgeführt) als Transaktionen mit erhöhten Risiken, nicht jedoch für andere Finanzintermediäre. Weiter müssen die Anhaltspunkte für Geldwäscherei gemäss Art. 20 Abs. 2 GwV-FINMA selbst bei Banken und Wertpapierhäusern in der informatikgestützten Transaktionsüberwachung *nicht* berücksichtigt werden. Der praktische Nutzen dieser Bestimmung dürfte deshalb in der Prävention gering sein. Problematisch könnte sich die Bestimmung jedoch in einer Rückschau erweisen, wenn die FINMA im Rahmen eines Enforcementverfahrens nachträglich auf mehrere Durchlauftransaktionen stösst, welche – mangels Erfassung in der Transaktionsüberwachung – von der Bank oder dem Wertpapierhaus jedoch nicht erkannt wurden, und die Geschäftsbeziehung deshalb aus Sicht der FINMA fälschlicherweise nicht als Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken erkannt und bezeichnet wurde.

⁴⁸ Die Bezeichnung und Inhalte der Dokumente wurden seit dem Erläuterungsbericht der FINMA geändert ([http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))).

⁴⁹ Das Dokument wurde früher als «Public Statement» bezeichnet. Die letzte Mitteilung des GAFI vom 30. Juni 2020 verweist auf einen Entscheid vom 28. April 2020, wonach das GAFI beim Review-Prozess für die Liste mit den High-Risk Jurisdictions eine generelle Pause beschlossen habe (<http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/call-for-action-june-2020.html>). Das GAFI verwies weiter auf seine Liste mit High-Risk Jurisdictions vom Februar 2020, welche immer noch gültig sei, bezüglich der beiden dort aufgeführten Länder Nordkorea und Iran aber möglicherweise nicht mehr den aktuellsten Status enthalte (<http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/call-for-action-february-2020.html>, zuletzt besucht am 15. Juli 2020).

und Proliferationsfinanzierung, welche von diesen Ländern ausgehen, zu schützen. Diese Liste wird nach Angaben des GAFI häufig als «schwarze Liste» bezeichnet;

- «Jurisdictions under Increased Monitoring»:⁵⁰ In diesem Dokument werden Länder genannt, die aktiv mit dem GAFI zusammenarbeiten, um strategische Mängel zur Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und Proliferationsfinanzierung zu beheben. Wenn das GAFI ein Land einer verstärkten Überwachung unterwirft, bedeutet dies, dass sich das Land verpflichtet hat, die festgestellten strategischen Mängel innerhalb der vereinbarten Fristen rasch zu beheben, und einer verstärkten Überwachung unterliegt. Diese Liste wird gemäss GAFI häufig als «graue Liste» bezeichnet.

[40] Die Erläuterungen der FINMA in ihrem Erläuterungsbericht passten nicht zur Formulierung der neuen Regelung. Gemäss der neuen Formulierung von Art. 13 Abs. 2 Bst. a GwV-FINMA kommt die Ansässigkeit in einem Land nur dann als Kriterium für eine Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken in Frage, wenn es vom GAFI als «High Risk» oder «nicht kooperativ» betrachtet wird (oder beides). Im Erläuterungsbericht der FINMA führte diese jedoch beide vorstehend genannten GAFI-Dokumente als relevant auf. Nach hier vertretener Auffassung erfüllte jedoch nur das erste Dokument die neuen Anforderungen von Bst. a. Nur dieses verwendete den Begriff «High Risk».

[41] Die Fixierung auf die Dokumente des GAFI wurde in der Vernehmlassung zum Entwurf der GwV-FINMA aus verschiedenen Gründen kritisiert, u. a. mit dem Argument, dass mit einer neutralen Formulierung die Bestimmungen in der GwV-FINMA bei Änderungen in der GAFI-Terminologie nicht abgeändert werden müssten und flexibel auf heute nicht abschätzbare Veränderungen der Listen reagiert werden könne.⁵¹ Die FINMA wies diese Argumentation mit dem Hinweis ab, dass sich die Terminologie und Länderlisten des GAFI in der Vergangenheit als stabil erwiesen hätten.⁵²

[42] Wie erwähnt hat das GAFI bereits knapp zwei Monate nach Inkrafttreten der neuen Regelung die Systematik und Bezeichnung der beiden Dokumente geändert. Angesichts der aktuellen Definition des zweiten Dokuments «Jurisdictions under Increased Monitoring» ist weiterhin zweifelhaft, ob die dort aufgeführten Länder für Art. 13 Abs. 2 Bst. a GwV-FINMA überhaupt relevant sind. Nach hier vertretener Auffassung gelten die dort aufgeführten Länder weder als «High Risk» noch als «nicht kooperativ».

[43] Zur weiteren Verwirrung schrieb die FINMA in ihrem Erläuterungsbericht, dass sich die von Finanzintermediären angewandte «High Risk» Länder-Liste nicht auf die vom GAFI als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachteten Länder beschränken, sondern auch andere Quellen (wie z. B. Transparency International Index) berücksichtigen soll. Zur Kritik an dieser Regelung hielt die FINMA im Anhörungsbericht fest, der explizite Verweis auf die GAFI-Länderliste habe bloss deklaratorische Wirkung.⁵³ Eine Ausweitung der Verweise auf andere Listen berge die Gefahr,

⁵⁰ Das Dokument wurde früher als «Improving Global AML/CFT Compliance: On-going process» bezeichnet. Die letzte Mitteilung des GAFI vom 30. Juni 2020 führt 18 Länder auf, darunter neben den üblichen Verdächtigen wie Bahamas, Mauritius, Panama etc. als einziges europäisches Land Island (<http://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/increased-monitoring-june-2020.html>, zuletzt besucht am 15. Juli 2020).

⁵¹ Anhörungsbericht, S. 17.

⁵² Anhörungsbericht, S. 18.

⁵³ Anhörungsbericht, S. 18.

dass Finanzintermediäre zu stark auf die in Verweisen ausdrücklich genannten Listen fokussieren würden...

3.7.3. Neue Pflichten bei der internen Konkretisierung der Kriterien für GmeR

[44] Mit der Revision wurde in Art. 13 GwV-FINMA per 1. Januar 2020 ein neuer Abs. 2^{bis} eingefügt. Der Finanzintermediär muss neu aufgrund seiner Risikoanalyse⁵⁴ für die Kriterien gemäss Abs. 2 je einzeln festhalten, ob sie für seine Geschäftsaktivitäten relevant sind. Er muss die relevanten Kriterien in internen Weisungen konkretisieren und sie für die Ermittlung seiner Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken berücksichtigen.

[45] Die FINMA verstärkt mit dieser Vorschrift die praktische Bedeutung der Risikoanalyse und verknüpft deren Ergebnisse mit internen Regelungen des Finanzintermediärs zur Risikouberwachung.

3.7.4. Zwingende Qualifizierung als Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken

[46] Gemäss Art. 13 Abs. 3 GwV-FINMA gelten bestimmte Geschäftsbeziehungen zwingend als Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken. Neu in diese Liste aufgenommen wurden auch Geschäftsbeziehungen mit Personen, die in einem Land ansässig sind, das vom GAFI als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachtet wird und bei dem das GAFI zu erhöhter Sorgfalt aufruft. Betroffen sind demnach Länder, welche im GAFI-Dokument «High-Risk Jurisdictions subject to Call for Action» aufgeführt sind.⁵⁵

[47] Die Ergänzung in Abs. 3 Bst. d wurde entsprechend in Abs. 5 nachgeführt. Für die zwingende Qualifikation als Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken gemäss Abs. 3 Bst. d ist unerheblich, ob die Ansässigkeit in einem «High Risk» oder nicht kooperativem Land gemäss GAFI bei der Vertragspartei, dem Kontrollinhaber, der an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person oder bei der bevollmächtigten Person vorliegt.

3.8. Transaktionen mit erhöhten Risiken

[48] Art. 14 Abs. 2 GwV-FINMA nennt verschiedene Kriterien für Transaktionen mit erhöhten Risiken. Als neues Kriterium gilt gemäss Bst. d auch das Herkunfts- oder Zielland von Zahlungen, insbesondere bei Zahlungen aus einem oder in ein Land, das vom GAFI als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachtet wird.

[49] Weiter wird Art. 14 Abs. 3, welcher bisher gewisse Zahlungen bei Aufnahme einer Geschäftstätigkeit zwingend als Transaktionen mit erhöhten Risiken qualifizierte, umgestellt. Abs. 3 enthält neu eine Aufzählung von obligatorischen Transaktionen mit erhöhten Risiken. Die bisherige Regelung in Abs. 3 wird neu zu Art. 14 Abs. 3 Bst. a. Hinzugefügt werden in Bst. b weitere Transaktionen: Als Transaktionen mit erhöhten Risiken gelten in jedem Fall auch Zahlungen aus einem oder in ein Land, das vom GAFI als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachtet wird und bei dem das GAFI zu erhöhter Sorgfalt aufruft.

⁵⁴ Risikoanalysen müssen durch Finanzintermediäre gemäss Art. 25 Abs. 2 GwV-FINMA durchgeführt werden.

⁵⁵ Es wird hierzu auf die Ausführungen oben in Kapitel 3.7.2. verwiesen.

[50] Wie bei den obligatorischen Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken sind hier demnach nur Länder, welche im GAFI-Dokument «High-Risk Jurisdictions subject to Call for Action» aufgeführt sind, betroffen. Vorbehalten bleiben «High-Risk»-Listen von anderen Organisationen.

3.9. Überwachung der Geschäftsbeziehungen und der Transaktionen

[51] Banken und Wertpapierhäuser ohne informatikgestütztes Transaktionsüberwachungssystem mussten bisher gemäss Art. 20 Abs. 4 GwV-FINMA ihre Transaktionsüberwachung jährlich einer Prüfung mit der Prüftiefe «Prüfung» unterziehen. Dies griff in die Regelung des FINMA-Rundschreibens 2013/3 «Prüfwesen» ein, das Banken und Wertpapierhäusern die Standardprüfstrategie und Ausnahmen hiervon für den Bereich Geldwäschereivorschriften vorgibt. Die Vorgabe in der GwV-FINMA wurde daher gestrichen.⁵⁶

3.10. Entscheidungskompetenz bei Meldungen

[52] Ein neuer Art. 25a GwV-FINMA regelt die Entscheidungskompetenz bei Verdachtsmeldungen. Das oberste Geschäftsführungsorgan entscheidet grundsätzlich über die Erstattung von Meldungen nach Art. 9 GwG bzw. nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB. Es kann diese Aufgabe an eines oder mehrere seiner Mitglieder, die für die Geschäftsbeziehung nicht direkt geschäftsverantwortlich sind, an die Geldwäschereifachstelle oder an eine mehrheitlich unabhängige Stelle übertragen.

[53] Die Entscheidungskompetenz bei Verdachtsmeldungen führen in der Praxis immer wieder zu Streitigkeiten.⁵⁷ Mit der neuen Regelung schafft die FINMA nur vordergründig Klärung. Problematisch scheint eine Delegation der Entscheidungskompetenz an die Geldwäschereifachstelle, auch wenn dies bereits heute regelmässig geschieht. Diese unterstützt und berät gemäss Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA die Linienverantwortlichen und die Geschäftsleitung bei der Umsetzung dieser Verordnung, *ohne diesen die Verantwortung dafür abzunehmen*. Die Geldwäschereifachstelle entscheidet also nicht. Mit der Entscheidungskompetenz für Verdachtsmeldungen wird die Geldwäschereifachstelle in der Praxis genau in die Rolle gezwängt, welche Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA gerade vermeiden wollte.⁵⁸ Kein Leiter einer Geldwäschereifachstelle erstattet gegen den Willen einer Geschäftsleitung eine Verdachtsmeldung, ausser er schickt mit der Verdachtsmeldung auch gleich seine Kündigung ab.⁵⁹

⁵⁶ Für Finanzintermediäre, die auf ein informatikgestütztes Transaktionsüberwachungssystem verzichten, stellt die Streichung keine materielle Änderung dar, da eine identische Prüftiefe und -frequenz in der Standardprüfstrategie (Anhang zum FINMA-RS 13/3) vorgesehen ist.

⁵⁷ Siehe Urteil 2C_192/2019 des Bundesgerichts vom 11. März 2020. Das Bundesgericht bestätigte ein Verbot der Ausübung einer Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von der FINMA Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren, welches die FINMA gegen den General Counsel einer Bank erlassen hatte. Nach Auffassung des Bundesgerichts kam ihm in seiner Rolle als Leiter Compliance für eine Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG, welche pflichtwidrig nicht erstattet wurde, eine Garantienstellung zu.

⁵⁸ Im erwähnten Urteil des Bundesgerichts war bei Verdacht auf Geldwäscherei jeder Mitarbeiter verpflichtet, umgehend Compliance zu informieren. Eine Meldung an die Behörden konnte nur durch Compliance erstattet werden, wobei vorgängig die Geschäftsleitung zu konsultieren war. Dem Leiter Compliance wurde zum Verhängnis, dass er der Geschäftsleitung unmissverständlich eine Meldung an die MROS zumindest hätte vorschlagen müssen.

⁵⁹ Lehnt die Geschäftsleitung gegen den Willen der Geldwäschereifachstelle eine Verdachtsmeldung ab, wird ein allfälliger begründeter Verdacht intern zu einem einfachen Verdacht «umqualifiziert» und auf eine Meldung verzichtet.

[54] Abhilfe schafft nur eine Abgrenzung der Verantwortlichkeiten: Entscheidungskompetenz bei Verdachtsmeldungen liegt auf Antrag der Geldwäschereifachstelle bei der Geschäftsführung oder einem Mitglied. Der Antrag der Geldwäschereifachstelle und der Entscheid der Geschäftsleitung müssen schriftlich vorliegen und begründet werden. Angesichts der Strafdrohungen von Art. 37 GwG und der Sanktionen für Verantwortliche durch die FINMA haben rein geschäftspolitische Überlegungen bei Verdachtsmeldungen gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG nichts zu suchen. Falls eine Geschäftsleitung die Erstattung einer Meldung dennoch aus solchen Gründen ablehnt, soll sie dafür die Verantwortung übernehmen.

3.11. Zweifelhafte Geschäftsbeziehungen und Melderecht

[55] Art. 31 GwV-FINMA sah in der alten Fassung ein Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB u. a. auch für Terrorismusfinanzierung vor.⁶⁰ Dieses Melderecht wurde gestrichen und Art. 31 vereinfacht. Er regelt nur noch die Dokumentation der Gründe, wenn ein Finanzintermediär bei zweifelhaften Geschäftsbeziehungen mit bedeutenden Vermögenswerten sein Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB nicht ausübt.

3.12. Abbruch der Geschäftsbeziehung

[56] Art. 32 Abs. 3 GwV-FINMA verbietet den Abbruch der Geschäftsbeziehung, wenn die Voraussetzungen für eine Meldung im Sinne von Art. 9 GwG erfüllt sind oder der Finanzintermediär das Melderecht im Sinne von Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB in Anspruch nimmt. In der neuen Fassung wird präzisiert, dass der *Finanzintermediär* die Geschäftsbeziehung mit der Vertragspartei nicht *von sich aus* abbrechen dürfe.

⁶⁰ Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB sieht ein Melderecht nur bei Wahrnehmungen, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB herrühren, vor. Für einen Verdacht auf Terrorismusfinanzierung stand und steht das Melderecht nicht zur Verfügung. Der FINMA fehlte die gesetzliche Grundlage für die Ausweitung des Melderechts auf Wahrnehmungen zur Terrorismusfinanzierung. Sie begründet die Streichung des Melderechts jedoch mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zum Meldewesen (Erläuterungsbericht, S. 31). Demnach werde ein Verdacht, wonach die Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen könnten, im Sinne von Art. 9 GwG begründet, wenn ein entsprechender Anfangsverdacht durch Abklärungen nach Art. 6 GwG nicht ausgeräumt werden könne. Dass diese Verdachtsvariante nicht mit dem Verdacht auf Terrorismusfinanzierung verglichen werden kann, ficht sie nicht an. Mit dieser Argumentation streicht sie faktisch das im Strafgesetzbuch verankerte und vom Parlament in zwei Revisionen bestätigte Melderecht aus dem Gesetz und insinuiert, dass selbst bei einfachen Wahrnehmungen auf Terrorismusfinanzierung eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 4 GwG bestehe. Wie die aktuelle Meldestatistik der MROS zeigt, eine selbsterfüllende Prophezeiung. Die Streichung des Melderechts bei Wahrnehmungen auf Terrorismusfinanzierung erlöst Banken und Wertpapierhäuser von einem Dilemma: Würden Sie eine Verdachtsmeldung absetzen, verletzen sie das Bank- bzw. Geschäftsgeheimnis, weil die für die Verletzung rechtfertigende gesetzliche Grundlage fehlte. Ohne dass sich die FINMA dies bewusst sein dürfte, hat sie mit der Streichung auch ihr eigenes Risiko reduziert: Dogmatisch hätte die Aufforderung in Art. 31 aGwV-FINMA als Anstiftung durch die FINMA qualifiziert werden können. Zur Kontroverse um die Bedeutung des «begründeten Verdachts» siehe statt vieler: URS ZULAUF/DORIS HUTZLER, Der begründete und der einfache Verdacht, recht 2019, S. 221.

3.13. Besondere Bestimmungen für Banken und Wertpapierhäuser⁶¹

[57] Art. 37 GwV-FINMA enthält besondere Bestimmungen über Korrespondenzbankbeziehungen mit ausländischen Banken für Banken und Wertpapierhäuser. Gemäss Abs. 4 musste die Bank oder das Wertpapierhaus sicherstellen, dass die erhaltenen Angaben, die für Zahlungsaufträge erforderlich sind, weitergeleitet werden. Neu muss die Bank oder das Wertpapierhaus auch sicherstellen, dass die erhaltenen Angaben *vollständig* sind. Sie regelt das Vorgehen für den Fall, dass sie wiederholt Zahlungsaufträge erhält, die offensichtlich unvollständige Angaben enthalten. Sie muss dabei risikoorientiert vorgehen.

3.14. Besondere Bestimmungen für DUFİ und Personen nach Art. 1b BankG

[58] Die GwV-FINMA enthielt und enthält weiterhin im 5. Titel besondere Bestimmungen für DUFİ und Personen nach Art. 1b BankG. Seit dem 1. Januar 2020 ist die FINMA jedoch wie erwähnt weder für die Aufsicht über die DUFİ noch für die Konkretisierung der Sorgfaltspflichten der DUFİ zuständig.⁶² Diese Änderung hat die FINMA in der GwV-FINMA nicht vollzogen, weshalb auch in der Fassung vom 1. Januar 2020 sämtliche Bestimmungen zu den DUFİ enthalten sind. Dies betrifft auch die besonderen Bestimmungen im 5. Titel. Mangels Zuständigkeit für die DUFİ gelten die Regelungen im 5. Titel seit 1. Januar 2020 entgegen dem Wortlaut jedoch nur noch für die Personen nach Art. 1b BankG.⁶³

[59] Für Personen nach Art. 1b BankG wurde in folgenden Artikeln der Schwellenwert für Kassageschäft neu auf 15'000 Franken gesenkt:

- Art. 51 Abs. 1 Bst. b (Identifizierung der Vertragspartei);
- Art. 56 Abs. 5 (Feststellung des Kontrollinhabers);
- Art. 61 Abs. 1 (Feststellung der an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person).

[60] Die Herabsetzung erfolgte auf Druck des GAFI, welche in der Empfehlung 10 für «occasional transactions» einen Schwellenwert von 15'000 Euro bzw. US-\$ vorsieht.⁶⁴

⁶¹ Die revidierte GwV-FINMA enthält auch einzelne Änderungen zu den besonderen Bestimmungen für Fondsleitungen, KAG-Investmentgesellschaften, KAG-Vermögensverwalter und Versicherungseinrichtungen (Art. 40 Abs. 1 und 4, Art. 41 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3, Art. 42 Abs. 1 GwV-FINMA). Auf diese Änderungen wird hier nicht eingegangen. Es wird auf den neuen Verordnungstext und die Erläuterungen der FINMA im Erläuterungs- und Anhörungsbericht verwiesen.

⁶² Art. 12 Bst. c Ziff. 2 und 18 Abs. 1 Bst. e GwG wurden gestrichen. Letzterer wird jedoch in der GwV-FINMA weiterhin als Rechtsgrundlage für die GwV-FINMA aufgeführt. Siehe dazu Kapitel 2.2.3. und 2.7. von Teil II der Publikationsreihe (erschieden im Jusletter am 9. März 2020). Auch gilt die GwV-FINMA gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b GwV-FINMA weiterhin für die – nicht mehr existierenden – DUFİ gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG.

⁶³ Personen nach Art. 1b BankG sind hauptsächlich im Finanzbereich tätig und nehmen gewerbsmässig Publikumsanlagen von bis zu 100 Millionen Franken entgegen oder empfehlen sich öffentlich dafür (Bst. a) und legen diese Publikumsanlagen weder an noch verzinsen sie diese (Bst. b; sog. Fintech-Bewilligung; siehe Teil I, Kapitel 3).

⁶⁴ Erläuterungsbericht S. 34.

3.15. Änderungen in den Reglementen der Selbstregulierungsorganisationen

[61] Die FINMA genehmigt gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. GwG die von den Selbstregulierungsorganisationen erlassenen Reglemente nach Art. 25 GwG sowie deren Änderungen. Sie orientiert sich dabei gemäss Art. 1 Abs. 2 GwV-FINMA an den Eckwerten dieser Verordnung. Ändert die FINMA in ihrer Verordnung Regelungen, welche auch in Reglementen der SRO aufgeführt sind, fordert die FINMA die SRO auf, ihre Reglemente anzupassen.⁶⁵

[62] Die SRO-Reglemente mussten deshalb an die verschiedenen Änderungen in der GwV-FINMA angepasst werden. Diese Arbeiten wurden bei einzelnen SRO nicht rechtzeitig abgeschlossen, weshalb am 1. Januar 2020 einzelne Reglemente noch nicht angepasst waren.⁶⁶ Für die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG (GwV-FINMA und VSB 20 anwendbar) und Art. 2 Abs. 3 GwG (SRO-Reglemente anwendbar) ergaben sich somit ab 1. Januar 2020 zum Teil während Monaten unterschiedliche Regelungen.

3.16. Änderungen aufgrund des Entwurfs für eine Finanzinstitutsverordnung-FINMA

[63] Die neuen Gesetze FIDLEG und FINIG verpflichten die FINMA zum Erlass vorwiegend technischer Ausführungsbestimmungen. Die FINMA legte dafür am 7. Februar 2020 den Entwurf für eine neue Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung-FINMA, FINIV-FINMA) vor, passte bestehende Verordnungen und Rundschreiben an und hob drei Rundschreiben auf. Zu dieser Folgeregulierung führte die FINMA eine Anhörung bis zum 9. April 2020 durch.⁶⁷

[64] Der Anhang zur FINIV-FINMA enthält verschiedene Änderungen in anderen Verordnungen, so in Ziff. 4 des Anhangs auch Änderungen in der GwV-FINMA.

[65] Die Änderungen betreffen u. a. Anpassungen, welche bereits per 1. Januar 2020 hätten vorgenommen werden müssen:

- Im Ingress wird Art. 18 Abs. 1 Bst. e GwG als gesetzliche Grundlagen für die GwG-FINMA gelöscht;
- Art. 3 Abs. 1 Bst. b (Aufsicht über DUFI) wird gestrichen, Bst. a wird neu zu Abs. 1;
- Im ganzen Erlass wird «KAG-Vermögensverwalter» ersetzt durch «Verwalter von Kollektivvermögen», mit den entsprechenden grammatikalischen Anpassungen;
- Im ganzen Erlass wird «DUFI» ersetzt durch «Finanzintermediär», mit den entsprechenden grammatikalischen Anpassungen;

⁶⁵ Widersetzt sich eine SRO der Aufforderung der FINMA, ihr Reglement an die GwV-FINMA anzupassen, kann die FINMA die SRO mit einer Verfügung dazu zwingen (Urteil 2C_867/2015 des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2016).

⁶⁶ Soweit ersichtlich hatten vier der elf SRO auch Ende Mai 2020 auf ihrer Webseite noch kein revidiertes Reglement aufgeschaltet.

⁶⁷ FIDLEG/FINIG: Folgeregulierung der FINMA, 7. Februar 2020: <https://finma.ch/de/news/2020/02/20200207-mm-finiv/>.

- Im ganzen Erlass wird «Effektenhändler» ersetzt durch «Wertpapierhaus», mit den entsprechenden grammatikalischen Anpassungen.

[66] Die Ergebnisse der Vernehmlassung waren bei Abgabe des Publikationstextes noch nicht bekannt. Die Verabschiedung der neuen Regulierungen ist gemäss den Vernehmlassungsbestimmungen im vierten Quartal 2020 geplant.

4. Änderungen in der VSB

4.1. Übersicht

[67] Die Vereinbarung der Banken über die Sorgfaltspflichten (VSB 20) mussten im Nachgang zur Länderprüfung der GAFI ebenfalls überarbeitet werden. Das sind die wichtigsten Änderungen⁶⁸, welche in der VSB 20⁶⁹ am 1. Januar 2020 in Kraft getreten sind:

- Kassageschäfte: Neu beträgt der Schwellenwert 15'000 Franken;
- Video- und Online-Identifizierung: Das FINMA-Rundschreiben betreffend Video- und Online-Identifizierung wurde formell in die VSB aufgenommen;
- Kontoeröffnung ohne vollständige Dokumentation: Die Regelung, wonach ein Konto eröffnet werden kann, ohne dass alle Angaben oder Dokumente zu Vertragspartner, Kontrollinhaber und wirtschaftlich Berechtigten vorliegen, wurde verschärft;
- Abgekürztes Verfahren vor der Aufsichtskommission: Die Bestimmungen zum abgekürzten Verfahren wurden aktualisiert.

[68] Auf die ersten drei Punkte wird nachfolgend kurz eingegangen.

4.2. Sorgfaltspflichten bei Kassageschäften – Senkung des Schwellenwerts

[69] Bei Kassageschäften⁷⁰ mit einer nicht bereits identifizierten Vertragspartei besteht die Pflicht zur Identifizierung gemäss Art. 3 Abs. 3 GwG nur, wenn eine oder mehrere Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, einen erheblichen Wert erreichen. Die Konkretisierung des Schwellenwertes wurde der FINMA bzw. der Selbstregulierung durch die Schweizerische Bankiervereinigung überlassen. Wie bereits in der GwV-FINMA wurde der Schwellenwert in Art. 4

⁶⁸ Revision VSB – Hintergrund und konkrete Änderungen, Schweizerische Bankiervereinigung: <https://www.swissbanking.org/de/services/insight/insight-2.18/revision-vs-b-hintergrund-und-konkrete-aenderungen>. VSB 20: Revidierte Ständesregeln im Bereich der Geldwäschereibekämpfung, Schweizerische Bankiervereinigung: <https://www.swissbanking.org/de/medien/news/vsb-20-revidierte-standesregeln-im-bereich-der-geldwaeschereibekaempfung>. VSB 20: https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/vereinbarung-ueber-die-standesregeln-zur-sorgfaltspflicht-der-banken-vs-b-20/vsb_2020_einzelseiten_print_de.pdf/@@download/file.

⁶⁹ Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20), Schweizerische Bankiervereinigung: https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/vereinbarung-ueber-die-standesregeln-zur-sorgfaltspflicht-der-banken-vs-b-20/vsb_2020_einzelseiten_print_de.pdf/@@download/file. Kommentar zur Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20), Schweizerische Bankiervereinigung: https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/kommentar-vs-b-20/sbvg-vs-b-kommentar_de.pdf/@@download/file.

⁷⁰ Die Kassageschäfte werden in Art. 2 Bst. b GwV-FINMA definiert.

Abs. 2 Bst. g VSB 20 auf 15'000 Franken gesenkt.⁷¹ Dieser Schwellwert gilt bei Kassageschäften gemäss Art. 20 Abs. 5 Bst. f VSB 20 auch für die Feststellung des Kontrollinhabers sowie gemäss Art. 27 Abs. 3 Bst. f VSB 20 für die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten.

[70] Verglichen mit anderen Zahlungsmitteln ist das Bargeld aber weiterhin erheblich privilegiert. Für elektronisches Geld und Kryptowährungen liegen die Schwellenwerte immer noch weit tiefer oder es bestehen gar keine.⁷² Bei elektronischem Geld oder anderen Zahlungsmitteln liegt der Schwellenwert bei nicht wiederaufladbaren Zahlungsmitteln gemäss Art. 11 Abs. 3 GwV-FINMA pro Geschäft bei 1'500 Franken. Selbst bei diesem niedrigen Betrag darf das Guthaben ausschliesslich dazu dienen, dass die Vertragspartei damit erworbene Waren und Dienstleistungen elektronisch bezahlen kann. Bei Bargeschäften gilt der Schwellenwert von 15'000 Franken hingegen selbst für den Kauf und Verkauf von Edelmetallen. Für Kryptowährungen gilt kein Schwellenwert, sofern in die Transaktion ein Schweizer Finanzintermediär involviert ist.⁷³

4.3. Sorgfaltspflichten bei Handelsgeschäften – Wegfall des Schwellenwerts

[71] Bis zum 31. Dezember 2019 galt gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. f VSB 16 für die Ausführung von Handelsgeschäften⁷⁴ über Effekten, Devisen sowie Edelmetalle und andere Waren (Commodities) derselbe Schwellenwert von 25'000 Franken wie für Kassageschäfte. Per 1. Januar 2020 wurde der Schwellenwert nun nicht wie bei Kassageschäften auf 15'000 Franken herabgesetzt, sondern aufgehoben.⁷⁵ Bei Handelsgeschäften müssen deshalb die Sorgfaltspflichten neu immer eingehalten werden.⁷⁶ Dies gilt bei Handelsgeschäften gemäss Art. 20 Abs. 5 Bst. e VSB 20 auch für die Fest-

⁷¹ Der Schwellenwert ist zwar derselbe wie in der GwV-FINMA, aber die Regelungen sind nicht identisch. Gemäss dem 5. Titel der GwV-FINMA müssen die Sorgfaltspflichten bei Kassageschäften eingehalten werden, wenn eine oder mehrere Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, 15'000 Franken erreicht oder übersteigt. Gemäss VSB 20 müssen die Sorgfaltspflichten bei Kassageschäften über Beträge von mehr als 15'000 Franken eingehalten werden. Personen nach Art. 1b BankG müssen somit ihre Kunden gemäss GwV-FINMA bei einem Kassageschäft von 15'000 Franken identifizieren («... erreicht oder übersteigt»), während Banken gemäss Art. 1a BankG ihre Kunden erst bei einem Kassageschäft von 15'000.05 Franken identifizieren müssen («... mehr als 15'000»). Gemäss GAFI-Empfehlung 10 muss die Vertragspartei identifiziert werden, wenn der Transaktionswert über dem Schwellenwert liegt.

⁷² So besteht bei der Geld- und Wertübertragung kein Schwellenwert, weshalb die Sorgfaltspflichten auch immer eingehalten werden müssen (Art. 52 Abs. 1 GwV-FINMA). Die Geld- und Wertübertragung gilt als spezielles Kassageschäft, weshalb gemäss Art. 3 Abs. 2 GwG nur identifiziert werden muss, wenn eine oder mehrere Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, einen erheblichen Wert erreichen. Die FINMA hat mit ihrer Regelung in der GwV-FINMA den erheblichen Wert auf Null herabgesetzt. Dafür fehlt nach hier vertretener Auffassung eine gesetzliche Grundlage.

⁷³ FINMA-Aufsichtsmitteilung 2/2019, Zahlungsverkehr auf der Blockchain, 26. August 2019 (<https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/4dokumentation/finma-aufsichtsmittelungen/20190826-finma-aufsichtsmittelung-02-2019.pdf?la=de>). Die FINMA verpflichtete Finanzintermediäre, bei Transaktionen mit Kryptowährungen die sog. Reiseregeln gemäss Art. 10 GwV-FINMA einzuhalten, was aktuell mangels technischer Verfahren nicht möglich ist. Die Vertragspartei muss deshalb bei Transaktionen mit Kryptowährungen wie bei dauernden Geschäftsbeziehungen identifiziert werden. Anonyme Transaktionen wie bei Bargeld sind nicht mehr zulässig. Zur Kritik des Autors an dieser Regelung und deren Begründung siehe MICHAEL KUNZ, Technologie-neutralität -- falsch verstanden, in: Jusletter 18. November 2019.

⁷⁴ Die GwV-FINMA kennt keine separate Regelung für Handelsgeschäfte. Soweit es sich um Bargeschäfte handelt, fallen sie in der GwV-FINMA unter die Kassageschäfte.

⁷⁵ Eine Erklärung für den Wegfall des Schwellenwertes bei Handelsgeschäften liegt seitens der Schweizerischen Bankiervereinigung nicht vor. In den Erläuterungen zu den Änderungen in der VSB 20 wurde die Aufhebung des Schwellenwertes bei Handelsgeschäften nicht erwähnt.

⁷⁶ Die GwV-FINMA kennt wie erwähnt keine Regelung für Handelsgeschäfte. Die Unterscheidung zwischen Handels- und Kassageschäften war bisher nicht relevant, weil für beide Geschäfte in der VSB 16 derselbe

stellung des Kontrollinhabers sowie gemäss Art. 27 Abs. 3 Bst. e VSB 20 für die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten.

4.4. Video- und Online-Identifizierung

[72] Die FINMA hat mit ihrem Rundschreiben 2016/07 Video- und Online-Identifizierung⁷⁷ Regeln für die Identifizierung der Vertragspartei und die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person festgelegt, wenn diese per Video oder sonst wie online erfolgt. Das Rundschreiben wurde bereits nach kurzer Zeit teilweise revidiert, um der technischen Entwicklung Rechnung zu tragen. Die aktuelle Fassung datiert vom 20. Juni 2018. Auf die einzelnen Regelungen im Rundschreiben wird hier nicht eingegangen.

[73] Für die Identifizierung der Vertragsparteien und die Feststellung der Kontrollinhaberin oder des Kontrollinhabers und der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person gelten für Banken und Wertpapierhäuser gemäss Art. 35 GwV-FINMA die Bestimmungen der Vereinbarung vom 13. Juni 2018 über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20).^{78,79} Die VSB enthielt in den bisherigen Fassungen keine Regelungen zur Video- und Online Identifizierung und zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen. Diese Lücke wurde nun durch Zusätze in mehreren Artikeln geschlossen:

- Art. 9 Abs. 2: Der Identifizierung bei persönlicher Vorsprache gleichgestellt ist die Video-identifizierung gemäss den jeweils geltenden FINMA-Vorschriften;

Schwellenwert von 25'000 Franken galt. Nun besteht bei Kassageschäften weiterhin ein Schwellenwert, bei Handelsgeschäften nicht mehr. Dies führt in der VSB 20 neu zu Abgrenzungsfragen bei den Geschäften mit Edelmetallen. Diese sind einerseits bei den Handelsgeschäften in Art. 4 Abs. 2 Bst. f VSB 20 ausdrücklich erwähnt und erfordern ohne Schwellenwert neu eine Identifizierung der Vertragspartei und weitere Sorgfaltspflichten in jedem Fall. Andererseits wird der Kauf und Verkauf von Edelmetallen im Kommentar zur VSB 20 ausdrücklich bei den Kassageschäften gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. g VSB 20 erwähnt, weshalb eine Identifizierung der Vertragspartei und weitere Sorgfaltspflichten erst bei Überschreiten des Schwellenwerts von 15'000 Franken erforderlich ist. Von der Qualifizierung als Handels- oder Kassageschäft hängt somit bis zum Erreichen des Schwellenwertes ab, ob Sorgfaltspflichten eingehalten werden müssen oder nicht. Weiter ist zu beachten, dass dem Geldwäschereigesetz nur der Handel mit *Bankedelmetallen* i.S.v. Art. 178 der Edelmetallkontrollverordnung unterstellt ist (s. FINMA-RS 11/1 Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Rz. 75 ff.; <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2011-01-01-2017.pdf?la=de>). Bankedelmetalle können auch über Edelmetallkonten gehandelt werden. Die Abgrenzung zwischen Handels- und Kassageschäft könnte bei Bankedelmetallen somit zwischen kontenbasiertem und physischem Handel erfolgen. Soweit Edelmetallkonten zu den Konten gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. a VSB 20 gehörten, läge eine dauernde Geschäftsbeziehung vor und bestünde die Pflicht zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten bereits gestützt auf diese allgemeine Regelung. Eine separate Regelung für den kontenbasierten Handel mit (Bank-)Edelmetallen in Art. 4 Abs. 2 Bst. f VSB 20 wäre bei dieser Betrachtungsweise nicht erforderlich. Die Bedeutung der aktuellen Regelung bleibt deshalb für den Autor weiterhin schleierhaft.

⁷⁷ FINMA-Rundschreiben 2016/7 Video- und Online-Identifizierung, Sorgfaltspflichten bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen über digitale Kanäle, (<https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2016-07-20180801.pdf?la=de>).

⁷⁸ Die gesetzliche Grundlage für die Selbstregulierung ergibt sich aus Art. 17 GwG.

⁷⁹ Gemäss dieser Bestimmung gelten für die Identifizierung der Vertragsparteien und die Feststellung der Kontrollinhaberin oder des Kontrollinhabers und der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person für Banken und Wertpapierhändler die Bestimmungen der VSB 20. Die FINMA ist gemäss dieser Bestimmung somit bei Banken und Wertpapierhäusern gar nicht zuständig für die Konkretisierung von Art. 3 und 4 GwG. Soweit das Rundschreiben der FINMA diese betrifft, widerspricht das Rundschreiben der FINMA der eigenen Verordnung.

- Art. 21 Abs. 5: Die Erklärung des Vertragspartners zum Kontrollinhaber kann auch unter Anwendung eines Verfahrens gemäss den jeweils geltenden Bestimmungen der FINMA zur Video- und Online-Identifizierung beigebracht werden;
- Art. 28 Abs. 6: Die Erklärung des Vertragspartners zum wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten kann auch unter Anwendung eines Verfahrens gemäss den jeweils geltenden Bestimmungen der FINMA zur Video- und Online-Identifizierung beigebracht werden.

[74] Die VSB 20 verzichtet weiterhin auf eigene Regelungen zur Video- und Online-Identifizierung und verweist integral auf das FINMA-Rundschreiben.

4.5. Kontoeröffnung ohne vollständige Dokumentation

[75] Bisher existierte bei unvollständiger Dokumentation eine recht grosszügige Regelung. Infolge der Kritik des GAFI an der bisherigen Vorschrift wurde die Ausnahmeregelung für teilweise unvollständig dokumentierte Geschäftsbeziehungen mit Art. 45 Abs. 3 u. 4 VSB 20 verschärft. Neu dürfen unvollständig dokumentierte Konti nur unter folgenden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen vorzeitig benützt werden:

- Lediglich einzelne Angaben und/oder Dokumente fehlen bzw. nur einzelne Dokumente liegen in nicht gehöriger Form vor;
- Es müssen ausreichende Angaben zur Identität des Vertragspartners und zum Kontrollinhaber bzw. zu den wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten vorliegen;
- Die Bank muss im Einzelfall eine risikobasierte Beurteilung der Situation vornehmen und dabei insbesondere prüfen, ob die Anwendung der Ausnahmeregelung notwendig ist, um den ordentlichen Geschäftsablauf nicht zu unterbrechen. Diese Beurteilung ist zu dokumentieren.

[76] Die fehlenden Dokumente bzw. Angaben sind innert 30 Tagen nach Kontoeröffnung beizubringen. Andernfalls ist das Konto für Zu- und Abgänge zu sperren. Die Bank muss in diesem Fall erneut risikobasiert entscheiden, ob sie die Geschäftsbeziehungen umgehend auflöst oder mit Setzung einer Nachfrist versucht, dass die fehlenden Dokumente bzw. Angaben noch beigebracht werden.

[77] Bei Kassageschäften kann die Erklärung zum Kontrollinhaber ex post erfolgen, sofern die Einholung unverzüglich nach Durchführung der Transaktion in die Wege geleitet wird.

[78] Erfolgt die Identifizierung der Vertragspartei bzw. die Feststellung des Kontrollinhabers oder des wirtschaftlich Berechtigten im Sinne von Art. 43 VSB 20 durch eine andere Konzerneinheit, gilt als massgebender Zeitpunkt für die Erfüllung der Dokumentationspflicht gemäss Art. 45 VSB 20 das Vorliegen der notwendigen Dokumentation bei der anderen Konzerneinheit.

[79] Bei Aufträgen zur Verwaltung von Vermögen, die bei Dritten liegen, ist nach 30 Tagen anstelle einer Sperrung des Kontos für Zu- und Abgänge die Vermögensverwaltung zu sistieren und/oder das Vermögensverwaltungsmandat aufzulösen, wenn bis dahin die Unterlagen der Bank nicht vollständig vorliegen. Die Bank weist den Kunden rechtzeitig auf diese Konsequenzen hin.

[80] Die Bestimmungen über die Sicherstellungspflicht und den Zeitpunkt der Erfüllung der Dokumentationspflicht gelten nicht nur für die Identifizierung des Vertragspartners, der Feststel-

lung des Kontrollinhabers und der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, sondern auch für die in Art. 15 VSB 20 statuierte Pflicht zur Überprüfung der Identität der Eröffner.⁸⁰

5. Schlussbemerkungen

5.1. Geldwäschereiregulierung ausser Rand und Band

[81] Die Finanzmarktregulierung ist am 1. Januar 2020 in eine neue Ära eingetreten. Erstmals stimmt eine Verordnung offensichtlich nicht mehr mit dem übergeordneten Recht überein, wobei es nicht nur um überkommene Begriffe geht. Auch soll geltendes Recht auf einzelne Rechtssubjekte gar nicht angewendet werden, weil gemäss einer Botschaft des Bundesrats mit einem neuen, vom Parlament erst noch zu beschliessendem Gesetz, eine passendere Regelung gefunden wurde. Weiter nimmt – auch gestützt auf den Druck des GAFI – das Mikromanagement in der Geldwäschereiregulierung langsam aber sicher absurde Dimensionen an.

[82] Unter dieser Entwicklung leidet nicht nur die Glaubwürdigkeit der Regulierung bei den betroffenen Finanzintermediären und deren Beratern. Der Gesetzgeber und die FINMA schüren durch die ständige Verschärfung der Regelungen, Untersuchungen, Prüfungen und Sanktionen bei den betroffenen Organen und Mitarbeitenden ein Klima der Angst, welches die Effizienz der Geldwäschereiprävention je länger je mehr in ihr Gegenteil verkehrt. Priorität hat in der Praxis der Schutz vor Sanktionen, die Geldwäschereiprävention verkommt zum Selbstzweck. Kaum deutlicher manifestiert sich diese Entwicklung in der seit Jahren stark ansteigenden Anzahl von Verdachtsmeldungen bei der Meldestelle für Geldwäscherei, die dort in grosser Zahl liegen bleiben.⁸¹

[83] Verantwortlich für diese Entwicklung ist nach hier vertretener Auffassung eine Haltung, welche bei der Bekämpfung der Corona-Krise augenfällig wurde: Die mimetische Isomorphie. Man verhält sich unter Druck und Unsicherheit wie alle anderen, damit man nichts Falsches oder wenigstens dasselbe falsch macht wie die anderen. Die eigene Ausgangslage und spezifischen Rahmenbedingungen sind nicht mehr Richtschnur für eigenverantwortliches Handeln, sondern bloss noch lästiger Ballast bei der Umsetzung internationaler Empfehlungen. Kein Wunder, werden die aufgedeckten Fälle von internationalem Format immer grösser, nicht kleiner.

5.2. Keine Problemlösungen ohne Lösungsprobleme.

[84] Die Lösungsprobleme übersteigen zuweilen den Nutzen der Problemlösungen, weil die Qualität der Regulierung wie dargelegt mit der Masse und zeitlichen Dringlichkeit rapide abgenommen hat.

[85] Auch scheint der ursprüngliche Zweck des Geldwäschereigesetzes inzwischen bis zur Unkenntlichkeit verbogen. Die dem Gesetz unterstehenden Finanzintermediäre und deren Compliance-Abteilungen werden unter immer stärkeren Sanktionen und Strafdrohungen zu pa-

⁸⁰ Vgl. Praxis der Aufsichtskommission VSB zur Sorgfaltspflicht der Banken 2013, C.3.3 S. 6.

⁸¹ Gemäss Jahresbericht 2019 der Meldestelle für Geldwäscherei (<https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2019-d.pdf>) waren Ende 2019 3'621 der 2019 eingegangenen 7'705 Meldungen «in Bearbeitung». 2016 waren es bei 2909 Meldungen 10 gewesen.

rastaatlichen Eliteeinheiten zur umfassenden Bekämpfung der jeweils aktuell grössten Übel der modernen Gesellschaft umgeformt. Der Hauptzweck des Finanzmarktes besteht bei der Geldwäschereiregulierung offenbar nicht mehr in einer autonom organisierten privatwirtschaftlichen Tätigkeit, sondern im systematischen Sammeln von Daten über die eigenen Kunden und deren Ausspionieren und Denunzieren zum Wohle des Staates. Nicht nur gehen die Compliance-Kosten für die Finanzintermediäre bzw. deren Kunden inzwischen pro Jahr in die Milliarden.⁸² Damit dürften die Kosten auch weit über den Beträgen liegen, welche gestützt auf das Meldesystem vom Staat eingezogen werden können.⁸³

[86] Die Hektik der Behörden und die dauernde und progressive Verstärkung der Regulierung zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung täuschen über ein zentrales Problem hinweg: Die bisherige relative Erfolglosigkeit des bestehenden Dispositivs. So wird bei der Geldwäschereibekämpfung weiterhin munter die Dosis des Medikaments erhöht. Dass die Medizin an sich möglicherweise wirkungslos ist, wird nicht in Erwägung gezogen. Diesem Thema wird sich der nächste Teil der Publikationsreihe widmen.

MICHAEL KUNZ, Fürsprecher, LL.M., KUNZ COMPLIANCE, Bern.

⁸² Hochrechnungen aus einer Umfrage des Beratungsunternehmens LexisNexis ergaben für 2017 Kosten für Geldwäscherei-Compliance bei Schweizer Finanzintermediären von 1,87 Milliarden US-Dollar (<http://www.lexisnexis.com/risk/intl/en/resources/infographics-factsheets/tc-AML-Compliance-Switzerland.pdf>). Seither sind die Regelungen und Aufwände für Geldwäscherei-Compliance massiv gestiegen. Die Kosten der weiter gefassten Bekämpfung der Finanzkriminalität soll gemäss LexisNexis aktuell weltweit unglaubliche 180,9 Milliarden US-Dollar betragen (https://risk.lexisnexis.com/-/media/files/financial%20services/articles/lnrs_tcoc%20global_ebook_nxr14254-00-0420-en-us.pdf).

⁸³ Die Informationen der Meldestelle für Geldwäscherei über die Folgen von Verdachtsmeldungen beschränken sich auf Angaben zum Stand der Verfahren in ihren Jahresberichten.