

**SAV**  **FSA**

Schweizerischer Anwaltsverband  
Fédération Suisse des Avocats  
Federazione Svizzera degli Avvocati  
Swiss Bar Association

SNV·FSN



**S**  
**OAR**   
**OAD**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
FINMA  
Herren  
Dominik Witz und Luciano Donati  
Laupenstrasse 27  
CH - 3003 Bern

Per Email an:

[Luciano.Donati@finma.ch](mailto:Luciano.Donati@finma.ch)

Bern, 7. April 2015

## **Gemeinsame Stellungnahme zum revidierten Entwurf der GwV-FINMA (nachfolgend E-GwV-FINMA)**

durch

- den Schweizerischen Anwaltsverband (SAV)
- den Schweizerischen Notarenverband (SNV)
- die Selbstregulierungsorganisation des SAV/SNV (SRO SAV/SNV)

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Gelegenheit im Rahmen einer Anhörung eine Stellungnahme einzureichen, welche hiermit firstgerecht wahrgenommen wird.

### **1. Vorbemerkung betreffend Geltungsbereich E GwV-FINMA**

Gemäss Art. 12 lit. c. GwG liegt die Aufsicht über die Einhaltung der Pflichten nach dem zweiten Kapitel für Finanzintermediäre („FI“) nach Art. 2 Abs. 3 GwG bei den anerkannten SRO (Art. 24) oder bei der FINMA, sofern die FI nicht einer anerkannten SRO angeschlossen sind. Im fünften Abschnitt des GwG werden u.a. die Kompetenzen der SRO näher geregelt.

Art. 25 GwG hält unmissverständlich fest, dass das Reglement der SRO für die angeschlossenen FI deren Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel des GwG konkretisiert und festlegt, wie diese zu erfüllen sind, womit die entsprechende Kompetenz der SRO statuiert ist. Diese klare Priorität der Selbstregulierung war von allem Anfang an ein Kernstück des GwG und hat bis heute keine Änderung erfahren. Der Bundesrat hielt dazu in seiner Botschaft zum GwG vom 17. Juni 1996 Folgendes fest:

*„Was den Vollzug anbelangt, wird das vorliegende Gesetz vom Grundsatz der Selbstregulierung geprägt. Dies gilt in erster Linie für die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3, welche in ihrer gesamten Tätigkeit keiner spezialgesetzlichen Aufsicht des Bundesrechts unterstehen. (...) Dies entspricht auch dem Ziel und Konzept der vorliegenden Regelung, die eine direkte Unterstellung unter die Aufsicht der Kontrollstelle möglichst vermeiden will und der Selbstregulierung den Vorzug gibt.“* (Botschaft zum GwG vom 17. Juni 1996, Bundesblatt 1996, BD, III, S 1145).

Die Kompetenzen der FINMA zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten ergeben sich dem gegenüber aus Art. 17 und 18 Abs. 1 lit. e GwG, mithin für FI nach Art. 2 Abs. 2 GwG, soweit nicht eine SRO diese Sorgfaltspflichten und ihre Erfüllung regelt, und im Übrigen nur für die ihr direkt unterstellten FI nach Art. 2 Abs. 3 GwG (sogenannte DUFi). Dem entspricht die FINMA grundsätzlich, indem sie den E GwV-FINMA ausdrücklich auf Art. 17 und 18 abstützt und als Regelungsbereich dieser Verordnung die FI nach Art. 2 Abs. 2 lit. a – d GwG und die DUFi nennt (Art. 3 Abs. 1 lit. a und lit. b E GwV-FINMA).

Bei der letzten Revision des GwG hatte das Parlament in Art. 41 GwG die Kompetenzen zum Gesetzesvollzug bewusst dem Bundesrat zugeordnet und eine sehr restriktive Regelung für eine Kompetenzdelegation an die Eidgenössische Spielbankenkommission und die FINMA erlassen. Diese beiden Aufsichtsbehörden können vom Bundesrat demnach nur „in Belangen von beschränkter Tragweite, namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten“ ermächtigt werden, Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Daraus ergibt sich, dass sich die FINMA den ihr vom Gesetzgeber gesetzten Schranken für eine GwV-FINMA sehr wohl bewusst sein muss. Sie hätte sich also beim E GwV-FINMA darauf beschränken müssen, Sorgfaltspflichten für DUFIS zu konkretisieren. Keine gesetzliche Grundlage besteht für Regelungen betreffend Sorgfaltspflichten gegenüber FI, welche einer SRO angeschlossen sind.

Der Versuch der indirekten Anwendbarkeitserklärung gemäss Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 E GwV-FINMA hat deshalb keine gesetzliche Grundlage und ist auch aus staatsrechtlichen Gründen abzulehnen. Die FINMA hat im Rahmen ihrer Aufsicht über die SRO bezüglich der Reglemente nur (aber immerhin) zu prüfen, ob diese das GwG angemessen und zielführend umsetzen. Keinesfalls kann die FINMA mittels Definitionen oder konkretisierten Sorgfaltspflichten in die Regulierungskompetenz der SRO eingreifen und konkrete Regulierungen vorschreiben.

Auch in der Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlung der Groupe d'Action Financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013 wird auf Seite 621 festgehalten, dass Definitionen in der GwV/FINMA (alt) „für Mitglieder von Selbstregulierungsorganisationen nicht anwendbar sind, da diese nicht vom Geltungsbereich der GwV/FINMA (...) erfasst sind (...). Mit einer Regelung auf gesetzlicher Stufe wird sichergestellt, dass verbindliche Vorgaben im Bereich PEP im gleichen Umfang für alle Finanzintermediäre gelten.“

Daraus ergibt sich erstens, dass auch mit der Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlung der GAFI an der Kompetenzaufteilung zwischen FINMA und SROs nichts geändert wird. Zweitens ist ersichtlich, dass dort, wo der Gesetzgeber eine Vereinheitlichung für richtig hält, er auch die entsprechenden Massnahmen trifft, konkret die Definition des PEP auf Gesetzesstufe regelt.

Umgekehrt kann daraus nur geschlossen werden, dass die Autonomie der SRO, so wie sie vom GwG definiert ist, nicht eingeschränkt werden soll. Die verkappte Gleichschaltung in Art. 1 Abs. 2 ist somit ohne gesetzliche Grundlage. Sie kann zwar grundsätzlich bestehen bleiben. Der entsprechende Vorbehalt muss jedoch bereits hier und jetzt angebracht werden.

Schliesslich wird auch im Erläuterungsbericht der FINMA vom 11. Februar 2015 auf S. 9 unmissverständlich erklärt, dass die neue Regelung nur für DUF1 gilt.

Selbstverständlich wird auch die SRO SAV/SNV immer mit dem Ziel der gesetzmässigen Umsetzung des GwG im Rahmen des Genehmigungsverfahrens und in enger Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde das Reglement erarbeiten und auch namentlich im Bereich der Definitionen und Prozesse bestrebt sein, eine einheitliche Regulierung zu erwirken.

Dies bedeutet aber auch, dass für spezifische Regulierungen, welche insbesondere bei Branchen-SROS auch vom Gesetzgeber gewünscht sind, Raum für adäquate Regeln bleiben muss.

Es ist deshalb die stets vertretene Rechtsansicht zu wiederholen, dass die SRO berechtigt ist, die Sorgfaltspflichten in eigene Autonomie umzusetzen. Ebenso ist festzuhalten, dass die FINMA eine Genehmigung zu erteilen hat, wenn die Umsetzung GwG-konform und angemessen ist (siehe Christian Heierli, das Konzept der Selbstregulierung im GwG, in GeSKR 2010, Seite 1 ff.).

Die nachfolgende Stellungnahme ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Die SAV/SNV, der FSA/SNV/FSN und die SRO SAV/SNV sind aber bemüht, einen konstruktiven Beitrag zu leisten, weshalb nachfolgend zu einzelnen Bestimmungen Stellung genommen wird.

## **2. Vorbemerkung betreffend avisierte FIs**

Der E GwV-FINMA scheint tendenziell grössere Strukturen ins Auge zu fassen, als dies bei Anwälten und Notaren die Regel ist. Der Entwurf spricht von „Geschäftseinheiten“, „vorgesetzten Stellen“, „nötiger Kompetenzverteilung zwischen „Geldwäschereifachstelle“ und „Geschäftseinheiten“.

Es ist hier anzumerken, dass die so für die DUF1 aufgestellten Anforderungen an Organisation und Struktur im entsprechenden Reglement SRO nicht ohne weiteres für die der SRO SAV/SNV angeschlossenen FI umgesetzt werden wird. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass rund 10 % der Anwälte und Notare in der ganzen Schweiz als Finanzintermediäre tätig sind und in dieser Funktion der SRO SAV/SNV unterstehen. Diese Anwälte und Notare sind jedoch in aller Regel in ihrem Berufsalltag nur subsidiär als Finanzintermediäre tätig. Primäres Betätigungsfeld ist in aller Regel die klassische Anwaltstätigkeit, sei diese forensisch oder beratend. Es ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich, die Kanzleistruktur und die Organisation der Tätigkeit gesamthaft so anzupassen, dass für die ganze Kanzlei die für die DUF1 geforderten Kriterien erfüllt werden. Man wird allerdings seitens der SRO SAV/SNV fordern, dass für die einschlägige Tätigkeit die

notwendigen Strukturen und Weisungen zur Einhaltung der vom GwG festgelegten Pflichten etabliert werden.

Der Gesetzgeber hat diese Doppelfunktion der Anwälte und Notare begrüsst und in zahlreichen Gesetzesbestimmungen dieser besonderen Ausgangslage und insbesondere der Wahrung des Berufsgeheimnisses Rechnung getragen (Art. 14 Abs. 3 GwG, Art. 9 a Abs. 5 RAG).

### **3. Zu den einzelnen Bestimmungen des E GwV-FINMA**

#### **3.1 Art. 2 lit. a (Sitzgesellschaften)**

Die Klarstellung, wonach Holdinggesellschaften keine Sitzgesellschaften sind, wird begrüsst.

Der Klarheit willen beantragen wir zu präzisieren, dass auch Zwischenholdinggesellschaften und Subholdinggesellschaften nicht als Sitzgesellschaft gelten. Ebenso darf das Halten von Subholdinggesellschaften (z.B. in Ergänzung zum Halten von operativen Gesellschaften) nicht dazu führen, dass eine Holdinggesellschaft zur Sitzgesellschaft wird. Die jetzige Formulierung würde zu einer Qualifikation einer Holdinggesellschaft, welche direkt nur Subholdinggesellschaften hält, führen.

#### **3.2 Art. 3 Abs. 2 und 3 (Geltungsbereich)**

Es wird auf die Ausführungen unter Ziff.1 verwiesen. Die SRO SAV/SNV behält sich die Regulierung im eigenen Kompetenzbereich ausdrücklich vor.

#### **3.3 Art. 11 (Verzicht auf Einhaltung der Sorgfaltspflichten)**

Der E-GwV-FINMA hält verschiedene Eckwerte fest (CHF 5'000 pro Kalenderjahr, CHF 5'000 pro Monat) und wir entnehmen den Vorarbeiten, dass diese Frankenbeträge Gegenstand langer Diskussionen waren. Die nun gewählte Variante blieb bis heute offenbar umstritten.

Wir sind deshalb der Meinung, dass die SRO hier die Grenzwerte selber festlegen, damit sie ihrem unterschiedlichen Umfeld adäquat Rechnung tragen können.

Entsprechend sollte im E GwV-FINMA das Prinzip und nicht ein genau definierter Betrag in CHF festgelegt werden. Das Forum SRO hat einen entsprechenden Vorschlag gemacht, dem wir uns anschliessen können.

#### **3.4 Art. 18 und 19 (Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko und Verantwortung des obersten Geschäftsführungsorgans bei erhöhtem Risiken)**

Die SRO SAV/SNV ist sich bewusst, dass die neue VO hier eine Bestimmung weiterführt, die bereits in der jetzigen VO enthalten ist und gegen welche grundsätzlich nichts einzuwenden ist. Im Sinne der Ausführungen unter Ziff. 1. erlauben wir uns bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass sie im Regelfall für die der SRO SAV/SNV angeschlossenen FI nicht adäquat und im Lichte der Zielsetzung des GwG nicht zielführend ist.

Die Vorschrift, wonach die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken der Zustimmung einer vorgesetzten Person, der vorgesetzten Stelle oder der Geschäftsführung bedarf, bedingt, dass eine solche vorgesetzte Person vorhanden ist. Gerade dieses Erfordernis fehlt in Einzelkanzleien.

Aber selbst in grösseren Kanzleien macht diese Bestimmung keinen Sinn: es liegt vielmehr in der Eigenverantwortung jedes Finanzintermediärs dafür zu sorgen, dass er nur solche Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiken aufnimmt, die er selber – gemessen an den anwendbaren internen Richtlinien und Grundsatzentscheiden - vertreten kann.

### **3.5 Art. 21 (Dokumentationspflicht)**

Angesichts der rasanten Entwicklung im Zusammenhang mit der digitalisierten Aufbewahrung und Übermittlung von Dokumenten ist Art. 21 im Sinne einer Klarstellung mit einem Absatz 3 zu ergänzen. Mittels der mittlerweile vorhandenen technischen Möglichkeiten kann gewährleistet werden, dass die Dokumentationspflichten auch eingehalten sind, wenn Dokumentationen in rein elektronischer Form gehandhabt werden. Entsprechend ist diese Möglichkeit ausdrücklich vorzusehen.

**Antrag neu Art. 21 Abs. 3:** „Erstellen, Organisieren und Aufbewahren der Dokumentation können in elektronischer Form erfolgen.“

### **3.6 Art. 23 Abs. 3 (Geldwäschereifachstelle), Art. 24 weitere Aufgaben der Geldwäschereifachstelle) und Art. 25 Abs. 2 lit. I (Weisungen Aufgaben und Kompetenzverteilung)**

Im Sinn der unter Ziff. 1 gemachten Bemerkungen kann die entsprechende Regelung für DUFI akzeptiert werden, solange die SRO in ihren Regelungsbereichen die Freiheit haben, adäquate Regelungen zu treffen, welche insbesondere die Geschäftstätigkeit, die Grösse des FI und sein Risikoprofil berücksichtigen.

### **3.7 Art. 29 (Abbruch der Geschäftsbeziehung und Meldung)**

Wir begrüssen die neue differenzierte Regelung der MROS- Meldung und der Vermögenssperre.

Allerdings sollte der FI nach Erstatte n einer Meldung **jederzeit** (eine Frist ist im E-GwV-FINMA nicht vorgesehen) über die Fortsetzung oder den Abbruch der Geschäftsbeziehung entscheiden können. Art. 29 Abs. 1 lit. c E GwV-FINMA ist entsprechend anzupassen.

### **3.8 Art. 46 Form und Behandlung der Dokumente**

Die Bestimmung genügt den Entwicklungen des modernen Datenmanagements nicht. Dadurch, dass Echtheitsbestätigungen bereits unter geltendem Recht nicht nur in Form von Beglaubigungen i.e.S., d.h. ausgestellt durch einen Notar, verwendet werden können, sondern insbesondere auch durch Finanzintermediäre ausgestellte Echtheitsbestätigungen verwendet werden

können, wird deutlich, dass die mit der Echtheitsbestätigung verbundene Zusicherung an der die Echtheitsbestätigung ausstellenden Person anknüpft und nicht am von ihr angewandten Verfahren.

Analog wie bisher Finanzintermediäre sollen daher zukünftig auch Rechtsanwälte Echtheitsbestätigungen ausstellen können. Die mit dem Berufsstand des Rechtsanwalts verbundenen Überwachungs- und Sanktionierungsmöglichkeiten stehen denjenigen der Finanzintermediäre nicht nach und gewährleisten eine gleichwertige Qualität der von Rechtsanwälten ausgestellten Echtheitsbestätigungen.

Wir beantragen Art. 47 Abs. 1 wie folgt zu ergänzen: neue lit. c: „einen in der Schweiz zugelassenen Rechtsanwalt;“ und Änderung von bisheriger lit. c in lit. d.

### 3.9 Art. 54 (Grundsatz) und Art. 57 (Grundsatz)

Es ist nicht einzusehen, weshalb die zwei Begriffe „Kontrollinhaber“ und „wirtschaftlich berechtigte Person“ nebeneinander verwendet werden. Auch die Definition in Art. 2 lit. f E GwV-FINMA hilft bei näherer Betrachtung nicht weiter, da ein unbestimmter Begriff durch einen anderen unbestimmten Begriff ersetzt wird.

Es wäre hilfreicher, die eine Definition zu verwenden, welche die entscheidenden Elemente nennt. Sie könnte lauten wie folgt: „Wirtschaftlich berechtigte Person ist eine natürliche oder börsenkotierte juristische Person, welche faktisch oder rechtlich jederzeit über die dem FI anvertrauten Vermögenswerte verfügen kann.“ Damit ist auch klar gestellt, dass es mehrere natürlich berechtigte Personen geben kann.

Im Übrigen verweisen wir diesbezüglich auf die ausführliche Stellungnahme des Forums SRO Ziff. 10.

Die vorgeschlagene Regelung gibt zu einer weiteren Bemerkung Anlass: Gemäss Art. 4 Abs. 1 nGwG muss die wirtschaftlich berechtigte Person nicht festgestellt werden, wenn Vertragspartei (i) eine börsenkotierte Gesellschaft oder (ii) eine von einer solchen Gesellschaft mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaft ist. Art. 54 Abs. 1 verlangt, dass Kontrollinhaber für alle nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen oder Personengesellschaften festgestellt werden müssen, wobei als Kontrollinhaberin die an einer operativ tätigen juristischen Person wirtschaftlich berechtigte natürliche Person gilt (vgl. Art. 2 lit. f).

Die Ausnahme der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person bei Vertragsbeziehungen mit von börsenkotierten Gesellschaften kontrollierten Tochtergesellschaften fehlt in Art. 54 Abs. 1 und ist daher zu ergänzen, um Konkordanz mit dem GwG herzustellen.

Analog wäre wohl auch noch Art. 57 Abs. 2 um dieselbe Ausnahme von börsenkotierten Gesellschaften kontrollierten Tochtergesellschaften zu ergänzen.

### **3.10 Art. 76 (Übergangsbestimmungen) und (Inkrafttreten)**

Es wäre zweckmässig, die neue Verordnung zusammen mit dem revidierten GwG integral am 1. Januar 2016 in Kraft zu setzen. Die neuen Pflichten bedingen umfangreiche Nachforschungen und Reorganisation der Struktur und Abläufe. Hierfür ist genügend Zeit einzuräumen.

Der Gleichlauf der massgebenden Regeln ist entscheidend, da sonst unlösbar Widersprüche und unnötige Doppelspurigkeiten auftreten werden.

Es ist zu beachten, dass die korrekte Umsetzung der zum Teil einschneidenden neuen Regeln eine angemessene Umsetzungsfrist voraussetzt. Zweckmässig wäre eine solche von mindestens sechs Monaten.

Unter höflicher Bitte um Berücksichtigung unserer Anliegen und Anregungen verbleiben wir mit vorzüglicher Hochachtung

für den SNV und die SRO SAV/SNV

Präsident SRO

Dr. Peter Lutz

für den SAV

Präsident SAV

Dr. iur. Me Pierre-Dominique Schupp