



LSI

Eidgenössische Finanzverwaltung EFV
Kontrollstelle GwG
Christoffelgasse 5
3003 Bern

Zürich, 31. Januar 2007

Anhörung zum Vernehmlassungstext über die Abgrenzung im Bereich der Hilfspersonen

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 15. Dezember 2006 und lassen uns zum vorgelegten Vernehmlassungstext über die Abgrenzung im Bereich der Hilfspersonen wie folgt vernehmen:

I. Grundlegende Bemerkungen

1. Die Klärung der Frage, wann eine natürliche oder juristische Person als Hilfsperson über eine eigenständige Bewilligung bzw. über einen eigenständigen SRO-Anschluss zu verfügen hat, ist grundsätzlich zu begrüssen.
2. Obwohl die Mitglieder des Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) von dieser Thematik nur am Rande und in speziell gelagerten Situationen betroffen sind, verdient der Vernehmlassungstext auch aus Sicht des VSV einige Bemerkungen, da es nicht auszuschliessen ist, dass in der Zukunft vermehrt solche Konstellationen auftreten können.
3. Es ist deshalb ein Anliegen unseres Verbands, dass die Ausgestaltung der Hilfspersonen-Verhältnisse praktikabel ist und bleibt.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Punkten

1. **Über die Notwendigkeit der vertraglichen Regelung**

4. Dem durch die Kontrollstelle vorgelegten Text zufolge wird unter der "Hilfsperson" eine mit dem GwG-Bewilligungsträger nicht identische Person verstanden, die für diesen Tat- und Rechtshandlungen im direkten Zusammenhang mit der bewilligungspflichtigen finanzintermediären Tätigkeit ausübt.
5. Diese nach ihrem Wortlaut sehr weitgehende Definition ist nach Ansicht des VSV dahingehend zu verstehen, dass unter der eben genannten Definition der Hilfsperson solche Personen zu verstehen sind, die nicht unter die Bewilligung des Bewilligungsträgers fallen und für welche deshalb die Grundsätze im Vernehmlassungstext Geltung haben. Demzufolge müssen gesetzliche und faktische Organe, im Handelsregister mit Zeichnungsberechtigung eingetragene Personen sowie Personen, die mit dem Bewilligungsträger in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis stehen, von den Grundsätzen unter Ziffer III des Vernehmlassungstexts ausgenommen sein. Ein anderes Verständnis wäre aus Sicht des VSV nicht praktikabel. Sämtliche Organe und Angestellten wären demnach Hilfspersonen. Diese Ergebnisse wären völlig unsinnig.

Wir empfehlen deshalb dringend, die pauschale und missverständliche Definition zu überarbeiten, so dass Organe und Mitarbeitende im Anstellungs- oder Exklusivagenturverhältnis von vornherein von der Definition ausgeschlossen bleiben.

6. Die Voraussetzungen welche im Vernehmlassungstext an den schriftlichen Vertrag mit den Hilfspersonen geknüpft werden, erscheinen dem VSV als zu weit gehend. Es ist nicht ersichtlich inwiefern die aufgestellten Grundsätze von den zivilrechtlichen Grundsätzen oder bereits gesetzlich verankerten Pflichten abweichen und eine bessere Gewähr der Verhinderung der Geldwäscherei oder Einhaltung der Sorgfaltspflichten bringen soll.
7. Diesbezüglich ist zu beachten, dass auf diese Weise bereits bestehende Verträge mit offensichtlich nicht notwendigen Vertragsbestimmungen ergänzt und ersetzt werden müssen, was einen immensen administrativen Aufwand zur Folge hat. Das Aufsichtsrecht hat die zivilrechtliche Gestaltungsfreiheit nur in einem Masse zu behindern, die einem streng angewandten Verhältnismässigkeitsprinzip genügt.

2. Die Grundsätze der Hilfspersonen-Regelung – Schriftlicher Vertrag

a. Die Hilfsperson muss im Publikums- und Rechtsverkehr stets erkennbar als im Namen des Bewilligungsträgers handelnd auftreten;

8. Dieser Grundsatz könnte bei Gesellschaften, welche mehrere Vermögensverwalter vereinen, die aufgrund eines Mandats nach freiem Ermessen tätig sind, das auf den Namen des einzelnen Gesellschafters lautet, zu Problemen führen. Diese Konstellation ist zwar selten, dennoch ist sie in der Praxis anzutreffen.
9. Schlechterdings nicht umsetzbar ist der Grundsatz dann, wenn die finanzintermediäre Tätigkeit die Ausübung von Organfunktionen in juristischen Personen umfasst. In zahlreichen Jurisdiktionen (so auch der schweizerischen) können nur natürliche Personen Organe sein und das Gesetz lässt die ordnungsgemässe Ausübung einer Organfunktion durch die juristische Person oder Personengesellschaft gar nicht zu. Dazu gehört insbesondere die dem GwG unterstehende Ausübung von Organfunktionen bei Sitzgesellschaften. Es ist insbesondere in der Vermögensverwaltungsbranche üblich, dass Mitarbeitende der Vermögensverwaltungsgesellschaft im Auftrag der Kunden in die Organe von juristischen Personen Einsitz nehmen. Es liegt in diesen Verhältnissen ein Entsendeverhältnis vor, nach welchem der Mitarbeiter als Entsandter des Finanzintermediärs Organfunktionen wahrnimmt. Da die Organfunktion nur als natürliche Person wahrgenommen werden kann, ist es in solchen Fällen schlechterdings unmöglich, im Namen des Finanzintermediärs tätig zu sein. Wäre die Wahrnehmung solcher Organfunktionen im Entsendeverhältnis nicht mehr vom SRO-Anschluss oder von der Bewilligung des Finanzintermediärs gedeckt, müsste jede, bei einem FI tätige Person, die solche Aufgaben wahrnimmt, über einen eigenen SRO-Anschluss bzw. eine eigene Bewilligung verfügen. Angesichts der sehr tief liegenden Bagatellgrenzen würde dies zu einem Ausufern der bewilligungspflichtigen Tätigkeit führen, an der keinerlei Interesse besteht. Die Zahl solcher Rechtsverhältnisse und betroffener Personen ist gross.

Kann diese Tätigkeit dagegen gestützt auf ein Entsendeverhältnis wahrgenommen werden, ist eine Kohärenz der Rechtsordnung gewährleistet. Die Überwachung ist im Rahmen der Tätigkeit als Mitarbeitender eines bewilligten FI mit einer Mehrzahl von Beschäftigten besser gewährleistet, als wenn jede Organfunktionen bei Sitzgesellschaften oder Trusteefunktionen wahrnehmende natürliche Person einen eigenen SRO-Anschluss als „Einzelmaske“ benötigt. Das Resultat wäre eine zusätzliche, grosse Zahl von marginal, aber immer noch berufsmässig tätigen FI, die bei eigener Bewilligungspflicht trotz be-

reits bestehender Einbindung in einen ordnungsgemäss bewilligten FI in unnützer Weise eigene Pflichten wahrnehmen müssten.

Dafür besteht keine gesetzliche Grundlage und es fehlt an jedem öffentlichen Interesse. Zudem würde eine solche Verwaltungspraxis den internationalen Aufsichtsstandards, die solche Entsendeverhältnisse ohne weiteres erlauben, zuwiderlaufen. Dies würde für den schweizerischen Finanzplatz international zu Wettbewerbsnachteilen führen, die bei sinnvoller, international akzeptierter Rechtsanwendung zu vermeiden wären.

Der entsprechende Grundsatz ist deshalb zu modifizieren. Entsendeverhältnisse von Organen sind auszunehmen.

10. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass genau hier der Bezug der zivilrechtlichen Grundsätze hilfreich wäre, denn auch unter Art. 101 OR fallen nur solche Personen, welche im Namen des Geschäftsherrn handeln. Ist dies für den Dritten nicht erkennbar, so sind die Handlungen der Hilfsperson dem Geschäftsherrn auch nicht zurechenbar.

b. Die Hilfsperson unterseht dem umfassenden Weisungsrecht und der Kontrolle des Bewilligungsträgers

11. Diese Instruktions- und Kontrollrechte bestehen bereits von Gesetzes wegen. Es geht um Hilfspersonen und nicht um eine Substitution nach 399 OR. Ist die natürliche Person, welche Hilfspersonenleistungen erbringt, selbst Entscheidungsträger bei der angeschlossenen Gesellschaft, ist eine entsprechende Bestimmung faktisch obsolet.
12. Würde man auch hier wieder auf das Zivilrecht zurückgreifen, so würde man wiederum feststellen, dass auch dieser Grundsatz bereits im Zivilrecht enthalten ist. Falls die betroffene Person weder dem Weisungsrecht noch der Kontrolle des Geschäftsherrn untersteht, so ist sie auch nicht als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR zu qualifizieren. Es könnte dann vielmehr eine Substitution im Sinne von Art. 399 OR vorliegen. Eine derartige Vertragsbestimmung ist daher obsolet und sollte deshalb auch nicht zwingend vorgeschrieben werden.

c. Die Hilfsperson ist in die organisatorischen Massnahmen (Art. 8 GwG) des Bewilligungsträgers (z.B. interne Richtlinien, interne Kontrolle, usw.) einzubeziehen;

13. Weshalb an dieser Stelle eine in Art. 8 GwG bereits vorgesehene Pflicht in einen Vertrag integriert werden soll, welcher lediglich zwischen den Parteien Geltung hat, kann nicht nachvollzogen werden.
14. Die Pflichten zu internen Richtlinien und zu internen Kontrollen gelten bereits von Gesetzes wegen. So sieht Art. 8 GwG vor, dass die Finanzintermediäre in ihrem Bereich die Massnahmen, die zur Verhinderung der Geldwäscherei notwendig sind, zu treffen haben. Sie haben dabei namentlich für die genügende Ausbildung des Personals und für Kontrollen zu sorgen.
15. Es ist eine Ausnahme vom Grundsatz vorzusehen, wenn die Hilfsperson selbst bewilligter Finanzintermediär ist, ansonsten wiederum ein unsinniges Mass von Doppelspurigkeiten aufgebaut wird.

d. Die Hilfsperson darf die ihr übertragene Tätigkeit nicht ihrerseits auf eine weitere Hilfsperson übertragen;

16. In diesem Grundsatz widerspiegelt sich das Verbot der Weiterdelegation. Dagegen ist aus Sicht des VSV nichts einzuwenden.

e. Dem Bewilligungsträger obliegt die Verpflichtung, für die Ausbildung und laufende Fortbildung der Hilfsperson hinsichtlich der für sie wesentlichen Aspekte der Geldwäschereibekämpfung zu sorgen;

17. Diese Verpflichtung ergibt sich bereits aus der sorgfältigen Auswahl und Überwachung der Hilfsperson, weshalb auch diese Bestimmung nicht notwendig ist.
18. Es ist eine Ausnahme vom Grundsatz vorzusehen, wenn die Hilfsperson selbst bewilligter Finanzintermediär ist, ansonsten wiederum ein unsinniges Mass von Doppelspurigkeiten aufgebaut wird.

f. Die Hilfsperson ist zu verpflichten, bei GwG-Revisionen des Bewilligungsträgers mitzuwirken und dem Revisionsorgan Zutritt zu ihren Geschäftsräumlichkeiten zu gewähren, Auskunft zu erteilen und Dokumente vorzulegen;

19. Keine Kommentare. Dies entspricht anerkannten Grundsätzen der Finanzmarktaufsicht.

g. Die Hilfsperson ist zu verpflichten, gegenüber der Aufsichtsbehörde / der SRO Auskunft über ihre Tätigkeit zu geben;

20. Dafür ist aus Sicht des VSV keine gesetzliche Grundlage vorhanden. Die Auskunftskette muss bei Hilfspersonen über den Bewilligungsträger gehen.

h. Die Honorierung der Hilfsperson erfolgt durch den Bewilligungsträger und nicht direkt durch den Kunden;

21. Auch für diese Verpflichtung ist aus Sicht des VSV im Aufsichtsrecht keine gesetzliche Grundlage ersichtlich. Diese Regelung greift insbesondere über den Sinn und Zweck des GwG hinaus zu stark in die von der Parteiautonomie geprägten Rechtsverhältnisse ein. Es fehlt an jeglichem öffentlichem Interesse an einer solchen Regelung.
22. Die vernünftige Abstimmung mit dem Steuer- und dem Sozialversicherungsrecht ist mit einer solchen Vorschrift praktisch unmöglich. So unterliegen z.B. auch bei entsandten Verwaltungsräten die Honorare der AHV-Beitragspflicht und müssen deshalb de facto an eine natürliche Person ausgerichtet werden. Das Aufsichtsrecht darf hier das Steuer- und Sozialversicherungsrecht nicht unterlaufen. Dies würde zudem zu einer massiven Schlechterstellung von Aktiengesellschaften und Personengesellschaften gegenüber Einzelfirmen führen, wo Inhaber und natürliche Person identisch sind. Das Aufsichtsrecht würde den Boden der Wettbewerbsneutralität zwischen den verschiedenen Rechtsformen im Handelsrecht verlassen.

3. Die Grundsätze der Hilfspersonenregelung - Weiterdelegation

Diesbezüglich bestehen keine Kommentare.

4. Die Grundsätze der Hilfspersonenregelung – Erfüllung der Dokumentationspflicht (Art. 7 GwG) und der Meldepflicht (Art. 9 GwG)

23. Im Vernehmlassungstext wird die Übertragung der Dokumentationspflicht nach Art. 7 GwG sowie der Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG von der Übertragung auf eine Hilfsperson ausgeschlossen.
24. Zur Begründung wird angeführt, dass die Dokumentation über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten beim Bewilligungsträger selbst vorhanden sein muss, da er und seine Tätigkeit Gegenstand der behördlichen Aufsicht bilden.

25. Die Nichtübertragbarkeit der Meldepflicht wird im Vernehmlassungstext damit begründet, dass die Meldestelle für Geldwäscherei nur von bewilligten Finanzintermediären Meldungen gemäss Art. 9 GwG entgegennehmen kann.
26. Diese beiden Standpunkte erscheinen nicht überzeugend und stossen insbesondere in der Praxis auf ernsthafte Probleme. Es ist dabei daran zu denken, dass bei Finanzintermediären die Tendenz festzustellen ist, dass Compliance-Aufgaben vermehrt ausgelagert werden. Dieses Vorgehen sollte nicht durch Erschwerungen verhindert werden. Man denke nur an die Situation eines seriösen Compliance-Unternehmens, das trotz Erkenntnis eines Verdachts keine Meldung machen kann, weil weder als Finanzintermediär vom GwG erfasst, noch in den Kreis der Meldeberechtigten von Art. 305^{ter} StGB fallend. Das wäre ein absolut unsinniges Ergebnis.
27. So ist eine Delegation der Dokumentation auch von der DUFIVo. nicht ausgeschlossen. Indem in dieser Verordnung lediglich festgehalten wird, dass der Finanzintermediär eine Kopie der Dokumente zu seinen Unterlagen zu nehmen hat. Diesbezüglich bleibt Raum zumindest für die Delegation der Erstellung der Dokumente.
28. Letztlich wird auch von namhaften Vertretern der Lehre eine mögliche Delegation der Meldepflicht postuliert (vgl. De Capitani GwG 9 N 7, Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei)

5. Schlussfolgerung

29. Insgesamt halten wir fest, dass der Vernehmlassungstext Grundsätze enthält, welche im gegenwärtigen Recht oder in den Reglementen der SRO bereits enthalten sind. Neue Grundsätze einzuführen, welche für die betroffenen Finanzintermediäre weitreichende Konsequenzen haben können, weil möglicherweise bei bestimmten SRO Mängel festgestellt wurden, erscheint uns weder als ein gangbares noch als ein sinnvolles politisches und aufsichtsrechtliches Vorgehen.
30. Weiter ist der vorgelegte Text mit den für den prudentiell beaufsichtigten Sektor geltenden Vorschriften, namentlich dem einschlägigen Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission über das Outsourcing, in keiner Weise abgestimmt. Eine solche Abstimmung allerdings wäre für eine auch nur halbwegs kohärente Ordnung in der Finanzmarktaufsicht dringend notwendig. Auch die Umsetzung der Sorgfaltspflichten wird in den beiden Aufsichtsberei-

chen von EBK und KSt heute koordiniert. Das sollte auch für das Outsourcing von Aufgaben, wozu der Beizug von Hilfspersonen gehört, gelten.

31. Zusätzlich verhindern die vorgeschlagenen Regeln die korrekte und sinnvolle Anwendung des Steuer- und Sozialversicherungsrechts – und zwar bei einem der Hauptanwendungsfälle der neuen Regeln, d.h. bei der Entsendung von Organen.
32. Unserers Erachtens verhilft der Vernehmlassungstext nicht der Klärung der Rechtslage sondern erscheint uns vielmehr als eine Reaktion auf möglicherweise oder auch nur hypothetisch existierende Unzulänglichkeiten, die auf andere Weise besser beseitigt werden könnten.

Wir ersuchen Sie deshalb dringend um grundlegende Überarbeitung der vorgelegten Vorschläge. Insbesondere sind dabei auch die praktischen Auswirkungen neuer Regeln, insbesondere auch deren Auswirkungen mit Bezug zu anderen Rechtsgebieten angemessen zu überprüfen.

Abschliessend möchten wir uns nochmals für die uns gebotene Gelegenheit, uns zum Vernehmlassungstext über die Abgrenzung im Bereich der Hilfspersonen vernehmen zu lassen, bedanken. Wir stehen Ihnen gerne auch weiterhin zur Verfügung, um die vorstehenden Ausführungen vertieft zu erläutern und zu vervollständigen.

Freundliche Grüsse

**Verband Schweizerischer
Vermögensverwalter (VSV)**