



Einschreiben (R)

Eidgenössische Finanzmarkt-
aufsicht FINMA
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Vorab per Email an julia.reidemeister@finma.ch

Zürich, den 12. Juli 2010

x0879116

Anhörung zum Rundschreiben „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben 10. Juni 2010, mit welchem Sie uns die Möglichkeit eröffneten, uns zum von Ihrer Behörde erarbeiteten Entwurf zu einem Rundschreiben „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“ vernehmen zu lassen. Von dieser Möglichkeit machen wir gerne wie folgt Gebrauch:

1. Grundsätzliche Bemerkungen

1.1. Form des Erlasses: Verordnung oder Rundschreiben

- 1 Mit Art. 12 VBF wird die FINMA ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu dieser Verordnung zu erlassen. Damit wird der FINMA die Kompetenz eingeräumt, in Form des Rechtssatzes die bundesrechtliche Verordnung näher auszuführen, soweit die Verordnung selbst keine abschliessende Regelung enthält.
- 2 Der FINMA kommt damit eine subsidiäre, delegierte Rechtssetzungskompetenz zu. Da ihnen der Charakter des Rechtssatzes zukommt, hat die FINMA diese Ausführungsbestimmungen zur VBF als Verordnung und nicht als Rundschreiben zu erlassen.
- 3 Mit der Form des Rundschreibens wählt die FINMA damit die falsche Erlassform. Ausführungsbestimmungen im Sinne von Art. 12 VBF hat die FINMA auf dem Wege der Verordnung festzulegen.

- 4 Dies ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 FINMAG, wonach die Aufsichtsbehörde Verordnungen zu erlassen hat, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist und Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung zu erlassen sind, nicht jedoch zur Festlegung von Ausführungsbestimmungen.

Mithin darf die FINMA auf dem Wege der Rundschreiben keine Rechtssetzung vornehmen, namentlich keine Ausführungsbestimmungen mit Rechtssatzcharakter erlassen.

- 5 Gemäss Rz. 2 des Rundschreibenentwurfes sollen die Ausführungsbestimmungen zur VBF Gegenstand des Rundschreibens bilden. Damit dürfte klar dargelegt sein, dass die FINMA die falsche rechtliche Form für den Erlass solcher Ausführungsbestimmungen zur VBF gewählt hat.

Entsprechend sind die Arbeiten an einem Rundschreiben „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“ abubrechen und es sind Arbeiten am Erlass einer entsprechenden Verordnung aufzunehmen.

1.2. Der Rundschreibenentwurf: Ein missglückter Schnellschuss

- 6 Der Rundschreibenentwurf erweist sich als diffuses Gemisch von Wiedergabe von Gesetzesbestimmungen des GwG und der VBF, der Kommentierung dieser Bestimmungen sowie eigenständiger Rechtssetzung. Die unterschiedlichen Bereiche sind in keiner Weise voneinander abgegrenzt.

In unreflektierter Weise wird zudem sehr tief in zivilrechtliche Verhältnisse eingegriffen.

Schliesslich werden mit dem Rundschreiben eine grosse Zahl neuer unbestimmter Rechtsbegriffe geschaffen, als hätte es davon im GwG und VBF nicht schon genug.

- 7 Des Weiteren enthält das Rundschreiben Überschriften, ohne dass dazu irgendwelche Ausführungen gemacht würden (vgl. z.B. VIII, B.).

- 8 Kaum zu überschauen ist sodann die ausserordentlich grosse Zahl von Ausführungen, die (a) dem GwG bzw. der VBF schlicht widersprechen und damit gesetzwidrig sind, (b) rechtlich unzutreffend sind, soweit es andere Erlasse anbelangt oder (c) sprachlich völlig verwirrend oder unverständlich sind.

Gesamthaft betrachtet kann der Rundschreibenentwurf als völlig unbrauchbarer Schnellschuss bezeichnet werden. Mit Inkraftsetzung in der vorgelegten Form würde bei den Betroffenen, d.h. bei den SRO, den Dufi und den SRO-Beaufsichtigten ausserordentlich grosse Verwirrung gestiftet.

Dies widerspricht in krasser Weise der Zielsetzung von Rundschreiben der Aufsichtsbehörde, welche die Rechtsanwendung erleichtern sollen und letztlich auch für den nichtjuristisch geschulten Mitarbeitenden eines betroffenen Finanzintermediärs im beruflichen Alltag brauchbare Arbeitshilfe sein sollen.

Diesen Ansprüchen vermag der Rundschreibenentwurf von vornherein nicht zu genügen. Will die FINMA an der Form des Rundschreibens festhalten, so wäre auf jeden Fall eine umfassende Überarbeitung angezeigt.

1.3. **Beschränkte Stellungnahme**

9 Der VSV wird sich im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme nur zu Themenbereichen vernehmen lassen, die den Berufsstand der unabhängigen Vermögensverwalter mehr oder weniger direkt betreffen.

10 Zusätzlich wird der VSV einige Punkte sehr klarer Unvereinbarkeiten des Rundschreibens mit dem GwG und dem VBF anführen.

11 Für die übrigen Punkte verweisen wir auf die Stellungnahmen der anderen Selbstregulierungsorganisationen.

12 Bereits an dieser Stelle erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass die Selbstregulierungsorganisation des VSV das Rundschreiben – sollte es in der vorgelegten Form in Kraft gesetzt werden – gegenüber den angeschlossenen Finanzintermediären soweit nicht anwenden wird, als es in klarer Weise gegen das GwG und die VBF verstösst.

2. **Vorbemerkung**

13 Die einzelnen Bestimmungen des Rundschreibens können für unabhängige Vermögensverwalter unter zwei Gesichtspunkten relevant sein:

Zum einen im Hinblick auf die Abgrenzung ihrer Tätigkeiten hinsichtlich ihrer Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz.

Zum anderen unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung ihrer Kundschaft als Finanzintermediäre oder Nicht-Finanzintermediäre. Dabei ist in Betracht zu ziehen, dass unter dem Gesichtspunkt einer einwandfreien Gewähr für die Einhaltung der Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes, so wie sie von den einer SRO angeschlossenen Finanzintermediären zu garantieren sind, die Erbringung von finanzintermediären Dienstleistungen gegenüber Finanzintermediären, die illegal tätig sind, von Belang ist. Namentlich ist es nach der Praxis der Selbstregulierungsorganisation des VSV den der SRO angeschlossenen Vermögensverwaltern untersagt, Dienstleistungen im Sinne des GwG gegenüber Finanzintermediären zu erbringen, die illegal tätig sind.

2.1. Zu Rz. 3 – Begriff der Finanzintermediation

- 14 Zum Begriff der Finanzintermediation vermag der Rundschreibenentwurf nicht mehr auszusagen, als dass das GwG vorwiegend Tätigkeiten im Finanzsektor erfasst.
- 15 Obschon Aufsichtsbehörden, Betroffene und Selbstregulierungsorganisation nun seit über zehn Jahren darum ringen zu definieren, was denn der Finanzsektor ist, vermag auch die FINMA mit ihrem Rundschreibenentwurf nichts Neues dazu beitragen.
- 16 Wenn der Weisheit letzter Schluss der Aufsichtsbehörde ist, dass auch Unternehmen, die primär Dienstleistungen in anderen Sektoren erbringen, von den Bestimmungen des GwG betroffen sein können, kann auf entsprechenden Ausführungen in einem Rundschreiben der Aufsichtsbehörde gut verzichtet werden.
- 17 Es wäre allerdings wünschenswert, dass sich die Aufsichtsbehörde zusammen mit den Selbstregulierungsträgern darum bemüht, anstelle des bislang praktizierten Ausschlusskataloges eine positive Definition des Finanzsektors zu finden.

2.2. Zu Rz 12

- 18 Bei den als Finanzintermediation einzustufenden akzessorischen Nebenleistungen zu nicht finanzintermediären Hauptleistungen kann grundsätzlich verlangt werden, dass die Vertragspartei, welche die Hauptleistung zu erbringen hat, auch Schuldner der Nebenleistung ist.

Nicht verlangt werden kann dagegen werden, dass diese Nebenleistung auch höchstpersönlich durch den Schuldner der Hauptleistung erbracht werden muss. Das GwG bietet hier keine gesetzliche Grundlage, derart tief in zivilrechtliche Verhältnisse einzugreifen. Es muss

der Vertragspartei, die die Hauptleistung zu erbringen hat, durchaus erlaubt sein, diese durch Hilfspersonen wie Angestellte oder Beauftragte zu erbringen.

19 Rz. 12 wäre entsprechend anzupassen.

2.3. Zu Rz. 21 – Exklusivität für selbständige Finanzintermediäre im Bereich der Geld- und Wertübertragung

20 Für den Bereich der Geld- und Wertübertragung will die FINMA in Rz. 21 festlegen, dass die Hilfspersonenregelung nicht nur für Personen oder Unternehmen ohne eigenen SRO-Anschluss bzw. Bewilligung im Sinne von Art. 14 GwG gelten soll, sondern auch für selbständig regulierte Finanzintermediäre.

21 Das im Bereich der Geld- und Wertübertragung die Tätigkeit einer nicht regulierten Hilfsperson nur für einen regulierten Finanzintermediär erfolgen darf, mag möglicherweise noch vom GwG gedeckt sein.

Keinerlei gesetzliche Grundlage bietet das GwG jedoch dafür, dass bei der Zusammenarbeit verschiedener Finanzintermediäre in diesem Bereich Exklusivitätsbestimmungen regulatorischer Art gelten können. Entsprechend ist Satz 2 von Rz. 21 ersatzlos zu streichen. Es handelt sich dabei um eine schwere Missachtung des GwG durch die Aufsichtsbehörde.

2.4. Zu Rz. 23 – Räumlicher Geltungsbereich

22 Der grosse Hinweis auf den allseits bekannten BG vom 9. Februar 2006, verbunden mit dem Hinweis darauf, dass die Tätigkeit einer ausländischen Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft einer Schweizer Gesellschaft dieser zugerechnet wird, wenn die entsprechenden finanzintermediären Tätigkeiten überwiegend in der Schweiz ausgeübt werden, ist für die Rechtsanwendung wenig hilfreich. Es wäre diesbezüglich durch die Aufsichtsbehörde zu ergänzen, was sie in ihrer Verwaltungspraxis unter „überwiegend in der Schweiz ausgeübt“ versteht.

Entsprechend ist Rz. 23 zu überarbeiten und zu ergänzen.

2.5. Zu Rz. 35

23 Kreditgewährungen sollten nicht nur zwischen Stiftungen und Begünstigten gemäss Stiftungsurkunde nicht dem GwG unterstellt sein. Dasselbe sollte wohl auch für die Beziehungen zwischen einem Trust und dessen Begünstigten gelten. Dies namentlich auch dann, wenn der Trustee in der Schweiz ansässig ist.

Rz. 35 ist entsprechend zu ergänzen.

2.6. Zu Rz. 67 und Rz. 71

24 Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. c) VBF soll auch der Eigenhandel mit Bankedelmetallen als finanzintermediäre Tätigkeit gelten. Besondere Schwellenwerte für diese Tätigkeit sind der VBF nicht zu entnehmen. Damit ist gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a) VBF jede natürliche oder juristische Person in der Schweiz Finanzintermediär, wenn sie pro Kalenderjahr einen Bruttoerlös von mehr als CHF 20'000 erzielt oder wenn sie über CHF 5 Mio. in Bankedelmetalle investiert bzw. für mehr als CHF 2 Mio. pro Kalenderjahr Bankedelmetalle kauft oder verkauft.

25 Gemäss Rz. 67 soll dies nicht nur für den physischen Handel mit Bankedelmetallen, sondern auch für den Handel über Edelmetallkonten gelten.

26 Dass der Eigenhandel mit Bankedelmetallen ohne physische Lieferung über den genannten Schwellenwerten, d.h. die rein kontomässige Verbuchung von Bankedelmetallen bei einer Bank, als finanzintermediäre Tätigkeit gelten soll, findet im GwG keinerlei Stütze. Bei wörtlicher Auslegung würde dies dazu führen, dass bei einem Schwellenwert des Bruttoerlöses von CHF 20'000 pro Jahr tausende von in der Schweiz ansässigen Personen zu Finanzintermediären „heraufgestuft“ würden. Davon wären alle betroffen, die innert eines Kalenderjahres mit Anlagen in Bankedelmetalle im Sinne der Edelmetallkontrollverordnung Gewinne von über CHF 20'000 erzielen und damit Finanzintermediäre wären.

27 Bankkontomässig verbuchte Edelmetalle sind Buchdevisen gleichzustellen; sie haben eine ähnliche wirtschaftliche Funktion wie Devisen. Buchgold gilt als sichere Vermögensanlage und wird buchmässig auch zu Spekulationszwecken gehandelt.

Es kann nicht angehen, so aus tausenden von eigentlich vorsichtigen Anlegern eine Heerschar von Finanzintermediären zu machen.

28 Implizite würde dies bedeuten, dass all diese Anleger lediglich noch in Derivaten auf Bankedelmetalle handeln könnten.

Werden grössere Anleger dazu „verknurrt“, ihre Bankedelmetallanlagen nur noch über Derivate abzuwickeln, so würde sich das FINMA-Rundschreiben zur Subventionsmaschine für solche Derivate emittierende Banken herausstellen.

29 Dies kann nicht Sinn und Zweck des GwG sein. Der Eigenhandel mit Bankedelmetallen über Edelmetallkonti ist somit aus Rz. 67 zu löschen.

2.7. Zu Rz. 82 und Rz. 83 – Kollektive Kapitalanlagen

30 Nimmt man die beiden genannten Randziffern wörtlich, so hätte dies zur Folge, dass die Verwaltung des Vermögens von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz dann keine finanzintermediäre Tätigkeit darstellt, wenn für deren Anteile in der Schweiz oder von der Schweiz aus keine öffentliche Werbung betrieben wird, d.h. wenn die entsprechenden Anteile in der Schweiz oder im Ausland nur an qualifizierte Anleger vertrieben und angeboten werden.

31 Dies hätte zur Folge, dass unabhängige Vermögensverwalter, welche ausschliesslich Vermögen von solchen kollektiven Kapitalanlagen verwalten (z.B. BVI-Anlagefonds), keine finanzintermediäre Tätigkeit mehr ausüben.

32 Der VSV könnte so rund 30 seiner der SRO angeschlossenen Mitglieder aus der Mitgliedschaft entlassen.

33 Bei wörtlicher Auslegung würden die beiden Bestimmungen zu einer massiven Praxisänderung führen. Die Vermögensverwaltung und der nichtöffentliche Vertrieb von Off-shore-Fonds würden so aus dem Geltungsbereich des GwG herausfallen.

34 Dafür bietet unseres Erachtens jedoch das GwG keine gesetzliche Grundlage. Wir gehen davon aus, dass dies auf eine äusserst missglückte Formulierung der Rz. 82 und 83 zurückzuführen ist.

Die entsprechenden Bestimmungen wären demgemäss anzupassen.

2.8. Zu Rz. 84

35 Der letzte Satz der Bestimmung lässt darauf schliessen, dass wer als Anlageberater Anlagen gestützt auf eine auf Verwaltungshandlungen beschränkte Vollmacht tätig, keine finanzintermediäre Tätigkeit mehr ausüben wird. Der Begriff generelle Vollmacht, die die Anlagetätigkeit mit umfasst, lässt darauf schliessen, dass nur noch umfassende Generalvollmachten hier qualifizierend sein sollen. Dies würde dazu führen, dass alle unabhängigen Vermögensverwalter, welche ihre Anlagetätigkeit nicht mit eigenem Ermessen, sondern gestützt auf Einzelaufträge ihrer Kunden erteilen und dafür nur über auf Verwaltungshandlungen beschränkte Vollmachten verfügen, aus dem Geltungsbereich des GwG ausscheiden.

36 Auch dafür bietet das GwG ganz offensichtlich keine Stütze. Wiederum müssen wir davon ausgehen, dass hier die Formulierung im Rundschreibenentwurf ganz erheblich missglückt ist. Die Bestimmung wäre entsprechend anzupassen, so dass sie auch auf Verwaltungshandlungen beschränkte Vollmachten mit umfasst.

2.9. Zu Rz. 92 - Trusts als Sitzgesellschaften

37 Der letzte Satz der Bestimmung ist alles andere als klar, was die Tätigkeit des Protectors anbelangt. Insbesondere bleibt unklar, ob die Einflussnahme auf das Trustvermögen durch den Protector eine direkte sein muss oder ob eine indirekte Einflussnahme genügt. Namentlich stellt sich diese Frage in der häufig anzutreffenden Konstellation, dass der Protector befugt ist, den Trustee auszuwechseln. Eine solche Massnahme wird sich regelmässig indirekt auf das Trustvermögen auswirken (ansonsten ja kein Anlass zum Austausch des Trustees bestünde). Aus diesen Gründen ist es angezeigt, die Bestimmung um entsprechende Fallbeispiele aus der Praxis zu ergänzen, ansonsten sie zur theoretischen und platten Leerformel verkommt.

2.10. Zu Rz. 93

38 Gemäss Rz. 93 sollen nur gemeinnützige, politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische und gesellige Stiftungen nicht als Sitzgesellschaften qualifizieren. Es ist nicht einsichtig, weshalb Trustees von Trusts mit entsprechender Zweckgestaltung nicht in den Genuss derselben Privilegierung kommen sollen.

Entsprechend ist diese Bestimmung um Trusts mit entsprechendem Zweck zu ergänzen.

Abschliessend möchten wir uns nochmals für Möglichkeit bedanken, zum Rundschreibenentwurf „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“ Stellung zu nehmen. Für weitere Fragen und Auskünfte in diesem Zusammenhang stehen Ihnen die Unterzeichneten gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Alexander Rabian
Vorsitzender der Geschäftsleitung SRO



Sergio Ceresola
Mitglied der Geschäftsleitung SRO