

FINMA		
ORG	10. AUG. 2010	SB
79		
Bemerkung:		<i>shr</i>

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
 Herren Franz Stirnimann und
 Léonard Bôle
 Einsteinstrasse 2 / Postfach
 3003 Bern



9. August 2010

Anhörung der SRO-SVV zur Zusammenführung der Geldwäschereiverordnungen der FINMA (E-GwV-FINMA)

Sehr geehrte Herren

Die SRO-SVV und der Schweizerische Versicherungsverband wurden eingeladen, sich im Rahmen der Zusammenführung der drei bestehenden Geldwäschereiverordnungen GwV FINMA 1-3 (Anhörungsverfahren) zu vernehmlassen.

Mit Telefonat vom 21.06.2010 hat Thomas Jost von Herrn Arnaud Beuret die Anhörungsfrist bis am 15. August 2010 erstreckt erhalten. Wir möchten Ihnen hierfür nochmals herzlich danken.

Einleitende Bemerkungen

Mit den nachfolgenden Ausführungen beschränken wir uns im Wesentlichen darauf, unseren Hauptstandpunkt (Nichtanwendbarkeit der Geldwäschereiverordnung auf der SRO-SVV angeschlossene schweizerischen Lebensversicherungsunternehmen) darzustellen. Im Vorfeld des Gespräches der Delegationen vom 11. Februar 2010 wurden Sie von der SRO-SVV Geschäftsstelle mit einem Grundlagenpapier zum vertretenen Rechtsstandpunkt bedient. In der Zwischenzeit haben sich zu der dargelegten Meinung sowie deren Begründungen keine Veränderungen ergeben, so dass wir das erwähnte Dokument als integrierenden Bestandteil der vorliegenden Stellungnahme erneut anführen (vgl. Beilage 1 / Grundlagenpapier der SRO-SVV vom 5. Februar 2010).

Geschäftsstelle SRO-SVV

Anträge und Anmerkungen zu den einzelnen Artikeln des E-GwV-FINMA

1 Hauptstandpunkte :

1.1 Das Verhältnis zwischen E-GwV FINMA und SRO-SVV resp. Reglement SRO-SVV (Art. 17 GwG; Art. 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 und 2, Art. 45 Abs. 2 E-GwV FINMA)

Das Geldwäschereigesetz ist lex specialis und regelt in seinem 3. Kapitel (Art. 12 bis 28 GwG) die Aufsicht über die Einhaltung seiner Bestimmungen. In dessen ersten Abschnitt (Art. 12 bis 15 GwG) finden sich die "Allgemeinen Bestimmungen für Finanzintermediäre" zur Aufsicht. In dessen dritten Abschnitt (Art. 17 GwG) finden sich die "Besonderen Bestimmungen für Lebensversicherer". Besondere Bestimmungen gehen nach herrschender Rechtsauffassung Allgemeinen Bestimmungen vor (lex specialis derogat lex generalis, wie z.B. auch AT/BT im Straf- oder Obligationenrecht).

Art. 17 GwG besteht aus drei Teilsätzen, welche sich auf die Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel des GwG beziehen (Art. 3 bis 11 GwG). Die ersten beiden Teilsätze gelten für Lebensversicherer, welche nicht einer SRO angeschlossen sind. Der letzte Teilsatz gilt für Lebensversicherer, welche einer SRO angeschlossen sind.

Unter Aufsicht über Lebensversicherer sagt Art. 17 Teilsatz 3 GwG: "Die FINMA konkretisiert die Sorgfaltspflichten und deren Erfüllung, soweit nicht eine SRO dies tut." Einerseits geht es hier um eine allfällige Konkretisierung oben erwähnter Sorgfaltspflichten sowie um deren Erfüllung, d.h., Aufsicht und Überwachung deren Einhaltung. Das GwG legt hier ein duales System fest, je nachdem, ob ein Lebensversicherer einer SRO angeschlossen ist oder nicht. SRO und FINMA können hier, aufgrund der spezialgesetzlichen Regelungen, jeweils und nur für Ihren Zuständigkeitsbereich innerhalb des Art. 17 GwG (FINMA: Teilsatz 1 und 2; SRO-SVV: Teilsatz 3), entsprechend ausführende Bestimmungen erlassen, die legislatorisch auf gleicher Ebene stehen.

SRO-SVV und FINMA haben in der Folge konsequenterweise gestützt auf Art. 17 GwG je für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich entsprechende Regelungen erlassen resp. sind daran, dies zu tun. Beide müssen sich an den Rahmen des GwG als insbesondere aufsichtsrechtliche lex specialis sowie in Bezug auf GwV FINMA und Reglement SRO-SVV höherrangiges Gesetz halten. Insbesondere darf die FINMA nicht im SRO-SVV-Bereich Regelungen erlassen. Bei Unangemessenheit der SRO-SVV-Regelungen hat die FINMA aufsichtsrechtlich wie bei anderen Gesetzesverletzungen im Rahmen der prudentiellen Aufsicht vorzugehen. Das Reglement der SRO-SVV steht somit auf gleicher Stufe wie die Verordnung der FINMA. Auch altArt. 41 GwG hat diese Gleichrangigkeit im Rahmen des Vollzugs nochmals explizit erwähnt.

Bei der SRO-SVV sind 22 Mitglieder zu verzeichnen, für eine Direktunterstellung haben sich nach unserem Kenntnisstand 6 Versicherungseinrichtungen entschieden. Dies deutet darauf hin, dass die Selbstregulierungsorganisation mit ihrem Reglement und einem entsprechenden Kommentar einen in der Branche sachgerechten Ansatz vertritt und anerkannt ist. Diese Entwicklung der letzten 10 Jahre ist im Sinne des Gesetzgebers. Die Priorisierung der Selbstregulierung war von Beginn an ein gewünschtes Kernstück der Geldwäschereibekämpfung. Die Priorität der Selbstregulierung für Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs.2 GwG wurde in den parlamentarischen Beratungen nochmals verdeutlicht und hervorgehoben. Es zeigt sich u.a. an der Änderung des Wortlautes des damaligen Art 16 Abs.1 und führte zur heutigen Regelung des Art. 17 GwG (vgl. dazu Amtliches Bulletin N 1997, S. 323 f).

Bei der letzten Revision des GwG hat das Parlament die Kompetenzen zum Gesetzesvollzug eindeutig dem Bundesrat zugeordnet und eine sehr restriktive Regelung für eine allfällige Kompetenzdelegation geschaffen. Die FINMA kann „nur in Belangen von beschränkter Tragweite, namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten“ Ausführungsbestimmungen erlassen (Art. 41 GwG).

Es bleibt daher für die FINMA kein Raum, mittels GwV FINMA in den Kompetenzbereich der SRO-SVV nach Art. 17 GwG einzugreifen. Diese hat die Sorgfaltspflichten und deren Erfüllung in ihrem Reglement selbständig geregelt. Die GwV FINMA, welche sich auf Art. 17 GwG stützt, ist für die aktuell 22 angeschlossenen Mitglieder der SRO-SVV daher nicht anwendbar. Zum Erlass von Ausführungsbestimmungen seitens FINMA fehlt es im Übrigen an der dafür notwendigen gesetzlichen Grundlage. Mit der vorgelegten Verordnung würde die FINMA ihre Regelungskompetenzen nicht nur aufgrund von Art. 17 GwG sondern auch aufgrund von Art. 41 GwG überschreiten, da es sich anerkannter Weise nicht um Regelungsbereiche von untergeordneter Tragweite handelt.

Aus all dem Gesagten ergeben sich für die SRO-SVV die folgenden konkreten Anträge:

Antrag zu Art. 1 Gegenstand

Artikel 2 Absatz 2 ist ersatzlos zu streichen.

¹ Diese Verordnung enthält Vorgaben, wie die Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absatz 1 die Pflichten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung umsetzen müssen.

² Diese Verordnung gilt als Richtschnur für die Reglemente der Selbstregulierungsorganisationen nach den Artikeln 17 und 25 GwG. Diese können sich darauf beschränken, die Abweichungen von dieser Verordnung zu regeln. In jedem Falle sind die Abweichungen zu kennzeichnen.

Antrag zu Art. 2 Geltungsbereich

In Artikel 2 Absatz 1 lit a ist ein klärender Einschub aufzunehmen.

1 Diese Verordnung gilt für:

- a) Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstaben a (Banken), b (Fondsleitungen), b bis (KAG-Investmentgesellschaften und KAG-Vermögensverwalter), c (Versicherungseinrichtungen, die sich keiner Selbstregulierungsorganisation angeschlossen haben) und (Effekthändler) des GwG;
- b) Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absatz 3 des GwG, die der Aufsicht der FINMA gemäss Artikel 14 GwG direkt unterstellt sind (DUFI).

² Die FINMA kann bei der Anwendung der Verordnung den Besonderheiten der Geschäftstätigkeit der Finanzintermediäre Rechnung tragen und Erleichterungen gewähren sowie Verschärfungen anordnen.

Antrag zu Art. 45 Übergangsbestimmungen

Artikel 45 Absatz 2 ist ersatzlos zu streichen.

¹ Der Finanzintermediär muss sich die aus Artikel XY ergebenden Anforderungen bis spätestens XY.XY 201X erfüllen.

² ~~Die Selbstregulierungsorganisationen sind gehalten, ihre Reglemente bis ein Jahr nach Datum des Inkrafttretens dieser Verordnung im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 anzupassen.~~

1.2 Bestimmungen bezüglich Versicherungsgesellschaften (2. Abschnitt der E-GwV FINMA)

Antrag zum Titel "2. Abschnitt: Versicherungseinrichtungen"

Der Titel ist zu präzisieren.

2. Abschnitt: Direkt unterstellte Versicherungseinrichtungen

Antrag zu Artikel 37 Reglement der SRO-SVV

Artikel 37 in fine ist ersatzlos zu streichen, da für das Reglement SRO-SVV nach GwG keine Anerkennungspflicht besteht. Die FINMA kann bei Unangemessenheit des Reglements eingreifen, was genügt.

Für die Sorgfaltspflichten von Versicherungseinrichtungen, die sich nicht einer Selbstregulierungs-Organisation angeschlossen haben, gelten die einschlägigen Bestimmungen des „Reglement der Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes zur Bekämpfung der Geldwäscherei (SRO-SVV).

Antrag zu Artikel 38 Ausnahmen

Nicht den Sorgfaltspflichten nach dem GwG unterliegen die Versicherungsverträge ~~Ausgenommen sind die Bereiche~~ der Säulen 2 und ~~der~~ 3a sowie ~~der~~ die reinen Risikoversicherungen (Versicherungen ohne Sparanteil).

2 Nebenpunkte

2.1 Zweigniederlassungen im Ausland / Globale Überwachung von Rechts- und Reputationsrisiken (Art. 4 und 5 E-GwV-FINMA)

Die Anregung, die grundlegenden Prinzipien der Geldwäschereibekämpfung nach dem GwG konzerntweit zu etablieren ist auf das GAFI-Länderexamen Schweiz 2005 zurückzuführen.

In der Folge wurde diese Anregung vom Gesetzgeber jedoch nicht im GwG umgesetzt. Wie gezeigt, ist die E-GwV-FINMA auf die der SRO-SVV angeschlossenen FI nicht anwendbar. Daher finden auch die in Art. 4 und 5 E-GwV-FINMA geregelten Sorgfaltspflichten keine Anwendung und ist das Reglement SRO-SVV nicht unangemessen, wenn es keine entsprechenden Pflichten statuiert. Daher nimmt der SVV hier speziell für seine ihm angeschlossenen FI Stellung:

Der angesprochene Finanzintermediär sollte die erforderlichen Abklärungen mit einem vertretbaren Aufwand umsetzen können. Im Versicherungsbereich ist man von einer Bestätigung der Zweigniederlassung oder der ausländischen Konzerngesellschaft ausgegangen. Beim Lesen der in Artikel 4 und 5 des Entwurfes formulierten Massstäbe entsteht der Eindruck, dass eine Umsetzung dieser Vorgaben nur mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand und entsprechenden Anstrengungen zu gewährleisten wäre.

Die Forderung nach der Überwachung von globalen Rechts – und Reputationsrisiken (vgl. Art. 5 Abs. 1) sprengt den Rahmen der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorfinanzierung. Die Lebensversicherungsgesellschaften sind im Rahmen von VAG / VVG einer sogenannten „prudential-

len“ Aufsicht unterstellt. Basierend auf den Artikeln 17 GwG ergibt sich daher keine Möglichkeit Pflichten zur Überwachung von weiteren Rechts- und Reputationsrisiken einzuführen.

2.2 Betreibung eines informatikgestützten Systems zur Transaktionsüberwachung (Art. 20 Absatz 5 i.V.m Art.2 Abs.2 E-GwV-FINMA)

Auch hier nimmt der SVV speziell für seine ihm angeschlossenen FI Stellung, da wie gezeigt, auch Art. 20 E-FINMA-GwV nicht auf der SRO-SVV angeschlossene FI anwendbar ist:

Die sich aus Art. 20 Abs. 2 E-Gwv FINMA ergebende Verpflichtung zur Betreibung eines informatikgestützten Systems zur Transaktionsüberwachung ist eindeutig auf die Bankentätigkeit zugeschnitten. Im Bereich der Lebensversicherung und im Zusammenhang mit den auftretenden Geldflüssen nach Abschluss eines Versicherungsvertrages ergibt ein solches System keinen Sinn. Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein solches System auch nicht erforderlich.

Der Versicherer prüft das Geldwäscherei-Risiko in der sogenannten Antragsphase d.h. vor dem Zustandekommen des privatrechtlichen Vertrages. Hierbei kann er nach dem risikobasierten Ansatz durchaus zum Schluss kommen, es handle sich um eine Geschäftsbeziehung mit erhöhtem Risiko. Er wird diese systemmässig (Versicherungsverwaltungssystem) entsprechend kennzeichnen und überwachen. Im Regelfall wird er in der Antragsphase jedoch in den weitaus überwiegenden Fällen zum Ergebnis gelangen, es handle sich um ein „normales“ Risiko und den gestellten Versicherungsantrag durch sein Akzept annehmen. Aus diesem nun abgeschlossenen Vertrag ergibt sich für den Versicherungsnehmer u.a. die sogenannte „Prämienzahlungspflicht“.

Der Versicherer eröffnet deshalb in seinem Prämieninkasso den geschuldeten Prämienbeitrag und überwacht die fristgerechten Zahlungseingänge so wie er es für alle Verträge durchführt.

Hierzu gibt es drei Spielarten:

- a) Die Zahlungen finden im vertraglich abgemachten Umfang statt, der Versicherer hat keinen Grund weitere Abklärungen zu treffen.
- b) Die Zahlungseingänge finden nicht im vertraglich vorgegebenen Rahmen statt. Es kommen keine Zahlungen oder nur Teile der geschuldeten Prämie. Nun setzt das Versicherungsunternehmen den Vertragspartner umgehend in Verzug (vgl. Art. 20 VVG) und wird sich nach den Bestimmungen des Gesetzes über den Versicherungsvertrag aus seiner Leistungspflicht begeben, wonach auch keine Prämien mehr geschuldet und folglich keine Zahlungseingänge mehr gegeben sind.

- c) Die Zahlungseingänge übersteigen den vertraglich vereinbarten Rahmen. In diesem – wohl gemerkt - in der Praxis äusserst seltenen Fall, wird der Versicherer auf seinen Vertragspartner zugehen und den Grund, der von der Abmachung abweichenden Zahlung genauestens abklären. Das buchhalterische Erfassen und Einbuchen auf den bestehenden Versicherungsvertrag ist ausgeschlossen. Es werden neue, zusätzliche Vertragsverhandlungen unter den Parteien unter Beachtung der einschlägigen Geldwäscherei-Sorgfaltspflichten notwendig.

Vor diesem Hintergrund lässt sich erkennen, dass alle vom Vertrag abweichenden Geldflüsse bereits heute erfasst werden und zu einer neuen Risikobeurteilung beim Versicherer führen. Die Einführung einer computerbasierten Transaktionsüberwachung sollte für Lebensversicherer deshalb nicht zwingend vorgeschrieben sein. Im Einzelfall wird bei den grösseren Gesellschaften die Frage nach der automatisierten Form der Risikoüberwachung auftauchen und nach den allgemeinen Grundsätzen der Finanzierbarkeit entschieden werden.

3 Eventualstandpunkte

Für den Fall, dass unseren unter Ziffer 1 und 2 gestellten Anträgen nicht stattgegeben werden sollte, stellen wir die nachfolgenden Eventualanträge.

3.1 Verbotene Geschäftsbeziehung (Art. 8 E GwV-FINMA)

Die Sorgfaltspflichten aus dem GwG greifen in dem Moment, da der Finanzintermediär Verdacht schöpft, die Gelder könnten zu terroristischen Zwecken verwendet werden. In diesem Moment dürfte jedoch seitens Versicherungsunternehmen bereits eine Geschäftsbeziehung aufgenommen bzw. ein Versicherungsvertrag abgeschlossen worden sein. Als Folge resultiert daraus eine Meldung an die Meldestelle. Der Wortlaut von Artikel 8 lit. a E-GwV-FINMA geht jedoch weiter und verbietet das Führen einer solchen Geschäftsbeziehung, was eine Auflösung des gültigen Versicherungsvertrages nach sich zieht. Es ist zu bedenken, dass ein Versicherungsvertrag nicht wie eine Bankbeziehung (auf praktisch jeden beliebigen Zeitpunkt hin) beendet werden kann.

Die Bestimmung von Artikel 8 lit.a E-GwV-FINMA ist ersatzlos zu streichen.

3.2 Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners (Art.10 E-GwV-FINMA)

Es ist ein neue Bestimmung (Artikel 10 Abs. 1 bis) mit folgenden Wortlaut aufzunehmen:

Für die Versicherungsunternehmen gelten die einschlägigen Bestimmungen des „Reglement der Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV zur Bekämpfung der Geldwäscherei (SRO-SVV)“.

3.3 Angaben bei Zahlungsaufträgen (Art. 11 Abs. 4 E-GwV-FINMA)

Der Wortlaut der Bestimmung von Artikel 11 Absatz 4 ist auf das Bankengeschäft zugeschnitten und ergibt für Versicherungsunternehmen keinen Sinn.

Die Bestimmung von Artikel 11 Absatz 4 ist für die Versicherungsbranche zu konkretisieren.

3.4 Vermögenswerte von geringem Wert (12 Abs.3 E-GwV-FINMA)

Für den Versicherungsbereich fehlt eine analoge Regelung für „Vermögenswerte von geringem Wert“. Diese Fälle kommen jedoch in der Praxis bei der periodischen Finanzierung von Lebensversicherungen häufig vor. Es ist deshalb eine zusätzliche Bagatellklausel zu schaffen.

Artikel 12 Abs.3 bis:

Bei der Finanzierung von Lebensversicherungsverträgen mit periodischer Prämie ist der Verzicht möglich, falls die periodisch fällig werdenden Prämien eines Versicherungsnehmers im Jahr den Betrag von CHF 5'000.- nicht übersteigen Für die Verträge mit den im Fürstentum Liechtenstein wohnhaften Versicherungsnehmern gilt die Regelung des FL-Gesetzgebers.

3.5 Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (Art.13 Abs. 2 lit.c E-GwV-FINMA)

Diese Bestimmung erschwert das Online-Geschäft in massiver Weise. In diesem Geschäftsfeld wird den erhöhten Sorgfaltspflichten auch ohne diese Bestimmung Genüge getan.

Die Bestimmung von Artikel 13 Abs. 2 lit.c E-GwV-FINMA ist ersatzlos zu streichen.

3.6 Zusätzliche Abklärungen bei erhöhten Risiken (Art.15 Abs. 2 lit. c E-GwV-FINMA)

Im Lebensversicherungsgeschäft ist der Kunde, der seine Gelder abzieht, in der Regel nicht bereit, Auskunft über die Gründe bzw. über die Verwendung der abgezogenen Gelder zu geben.

Die Bestimmung ist nicht umsetzbar.

Die Bestimmung von Artikel 15 Abs.2 lit. c E-GwV-FINMA ist ersatzlos zu streichen.

3.7 Mittel der Abklärungen (Art.16 Abs. 1 lit. b und 1 lit. d-GwV-FINMA)

Wir vertreten die Ansicht, dass der Wortlaut von Artikel 16 Abs. 1 lit. a den Inhalt von Artikel 16 Abs. 1 lit. b ebenfalls abdeckt. Die Form der Einholung von Auskünften bzw. der Ort sollte nicht noch näher spezifiziert und ausgeführt werden.

Erkundigungen bei vertrauenswürdigen Personen bergen in sich naturgemäss die Gefahr einer Verletzung von geltenden Datenschutzvorschriften und können deshalb Schadenersatzforderungen zur Folge haben.

Die Bestimmungen von Artikel 16 Abs. 1 lit. b und d E-GwV-FINMA sind ersatzlos zu streichen.

3.8 Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (Art.18 E-GwV-FINMA)

Eine solche Bestimmung ist im automatisierten Massengeschäft der Versicherer nicht umsetzbar und kann deshalb keine Anwendung auf die Versicherungsgesellschaften finden.

3.9 Systeme zur Überwachung (Art.20 E-GwV-FINMA)

Lebensversicherer führen vor allem periodisch finanzierte Versicherungsverträge, für welche Prämien in identischer Höhe fällig werden. Hier erscheint eine spezielle Transaktionsüberwachung unnötig und wird kostentreibend sein.

Im Einmalprämien-Geschäft werden die Abschlüsse der Verträge bezüglich Sorgfaltspflichten einer eingehenden Prüfung unterzogen.

Artikel 20 E-GwV-FINMA-ist mit einem neuen Absatz 6 zu ergänzen „Artikel 20 E-GwV-FINMA findet keine Anwendung auf die Lebensversicherer.

3.10 Information (Art. 32 E-GwV-FINMA)

Wir sind der Ansicht, dass jede Geldwäscherei-Meldung das Potenzial besitzt, Auswirkungen auf den Ruf des Finanzintermediärs bzw. des Finanzplatzes zu haben. Zudem erachten wir den Begriff „bedeutende Vermögenswerte“ als ungenau und somit interpretationsbedürftig.

Die vorgeschlagene Regelung führt im Weiteren zu unnötigen Doppelmeldungen. Dieser letzte Punkt sollte zwischen der MROS und der FINMA nochmals abgesprochen werden.

Das Verhältnis zwischen MROS und der FINMA ist bezüglich Doppelmeldungen zu klären, der Artikel 32 (Abs. 1 und 2) ist neu zu formulieren.

3.11 Ausnahmen (Art.38 E-GwV-FINMA)

Diese Bestimmung ist besser zu formulieren, es ist noch unklar, auf was sich das Wort „ausgenommen“ bezieht. Wir schlagen die nachstehende Formulierung vor:

Nicht den Sorgfaltspflichten gemäss GwG unterliegen die Versicherungsverträge der Säulen 2 und 3a sowie die reinen Risikoversicherungen.

3.12 Übergangsbestimmungen (Art.45 E-GwV-FINMA)

Sollte für die Versicherungsgesellschaften die Forderung nach einem systemgesteuerten Transaktionssystem aufrecht erhalten werden, ist der besonderen Situation der Lebensversicherer mit einer entsprechenden Frist zur Einführung Rechnung zu tragen.

Wir schlagen das Einfügen eines Artikels 45 Absatz 3 wie folgt vor:

³Für die Einführung der Transaktionsüberwachung wird den Lebensversicherern eine Frist bis längstens zum 31. Dezember 2012 eingeräumt.

4 **Bemerkung zum Erläuterungsbericht**

Mit Bezug auf das Kapitel 4.11 des Erläuterungsberichtes haben wir festgestellt, dass die im letzten Abschnitt (Seite 36 / 53) angeführten Ausführungen fachlich nicht korrekt sind.

Die Grundlage für die Versicherungsverträge der gebundenen Vorsorge (Säule 3a) bilden die „Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr.102“ des BSV, die BVV3 (SR 831.461.3) sowie das Kreisschreiben Nr. 18 der EStV vom 17. Juli 2008. Der angesprochene Abschnitt sollte deshalb lauten:

Versicherungseinrichtungen i.S. von Art. 2 Abs. 2 GwG sind von der Einhaltung der Sorgfaltpflichten befreit, wenn sich das Vertragsverhältnis auf eine Säule 3a gemäss BVV3 bezieht.

Im Namen der SRO-SVV bitten wir Sie abschliessend höflich um Kenntnisnahme der vorliegenden Anhörungsantwort und um Berücksichtigung der vorgebrachten Vorschläge im Sinne der Weiterbearbeitung des Verordnungsentwurfes.

Für Rückfragen und Auskünfte stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Geschäftsstelle SRO-SVV



Adrian Gröbli
Geschäftsstelle SRO-SVV



Thomas Jost
Geschäftsstelle SRO-SVV

Beilage: erwähnt

Verteiler:

- Mitglieder des Vorstandes und der Arbeitsgruppe SRO-SVV
- Dr. Markus Hess, Kellerhals Rechtsanwälte, Rechtsberater SRO-SVV

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV); Rechtsgrundlagen und Verhältnis zur Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)

1 Einleitung und Ausgangslage

Die Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV) wurde per 1. Januar 1999 gegründet. Aktuell zählt die SRO-SVV 24 Mitglieder, darunter alle grösseren Versicherungsgesellschaften der Schweiz. Die SRO-SVV hat sich als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB konstituiert¹ und gilt seit ihrer Gründung als spezialgesetzliche Selbstregulierungsorganisation im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c GwG. Sie unterstand ursprünglich der Aufsicht des BPV und seit dem 1.1.2009 jener der FINMA².

Die Anliegen der SRO-SVV sind einerseits, dass ihre Mitglieder die Geldwäschereivorschriften umsetzen und einhalten, sowie andererseits, dass ihnen dabei der vom Gesetzgeber vorgesehene Handlungsspielraum zur Verfügung steht, damit eine möglichst praxisnahe und im Ergebnis effiziente Geldwäschereibekämpfung resultiert.

Mit Stellungnahme vom 15. Oktober 2009 hat die FINMA die Rechtsauffassung vertreten, es sei im GwG vorgesehen, dass sie Selbstregulierungsorganisationen (SRO) bewillige und durch eine Verfügung anerkenne, welcher eine konstitutive Wirkung zukomme. Die SRO-SVV soll nach Meinung der FINMA somit einer konstitutiven Bewilligung bedürfen, wie die SRO von Finanzintermediären nach Art. 2 Abs. 3 GwG. Weiter hat die FINMA im Gespräch vom 27. August 2009 gegenüber der SRO-SVV die Rechtsauffassung vertreten, die SRO-SVV sei keine rechtmässige Selbstregulierungsorganisation nach dem Geldwäschereigesetz und besitze damit quasi keine Legitimation³. Diese Rechtsauffassungen der FINMA teilt die SRO-SVV nicht. Die Gründe dafür sind im vorliegenden Memorandum festgehalten.

¹ Vgl. Rundschreiben SRO-SVV Nr. 1/99; Vereins-Statuten vom 16. Januar 1999.

² Art. 12 lit. aGwG resp. Art. 12 Bst. a GwG; Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei vom 17. Juni 1996, BBl. 1996, S. 1112; zit. "GwG-Botschaft".

³ Votum von Herrn Stefan Stadler gemäss interner Protokoll-Notiz der SRO-SVV zum Gespräch mit der FINMA vom 27. August 2009.

2 Stellung der SRO-SVV im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung

2.1 Aufsichts- und Regulierungssystem nach dem GWG

Das Geldwäschereigesetz ist ein polizeiliches Rahmengesetz. Es beschränkt sich im Wesentlichen darauf, den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich, die Pflichten der Gesetzesadressaten, die Aufgaben der Aufsichtsbehörden und Selbstregulierungsorganisationen sowie die Sanktionen bei Verstößen gegen das Gesetz zu regeln. Die detaillierte Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten ist primär der Selbstregulierung anheim gestellt. *"Nur dort, wo keine Selbstregulierung besteht oder wo diese ungenügend ist, wird die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch eine Bundesbehörde durchgesetzt"*⁴.

2.2 Selbstregulierung und Subsidiarität der spezialgesetzlichen Aufsicht im GWG

Hinsichtlich Umfang und Inhalt der Selbstregulierung wurde in Art. 16 Abs. 1 des Entwurfs des Geldwäschereigesetzes vom 17. Juni 1996 (E-GwG) noch ausgeführt: *„Die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden konkretisieren für die ihnen unterstellten Finanzintermediäre die Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel und legen fest, wie diese zu erfüllen sind“*.⁵ In der GWG-Botschaft wird dazu festgehalten, dass sich die Kompetenz zur Selbstregulierung "in erster Linie" nicht aus dem Gesetz, sondern aus der Tolerierung durch die spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde ableite, weshalb nicht das Gesetz Umfang und Inhalt definiere und die Art. 24 ff. GWG auf diesen von der spezialgesetzlichen Aufsicht erfassten Bereich der Selbstregulierung keine Anwendung fänden.⁶

In den Räten fand jedoch erwähnter Art. 16 Abs. 1 GWG und damit auch die vorerwähnte, dazugehörige Erläuterung in der GWG-Botschaft keinen Anklang. Für die vorberatende Kommission des Nationalrates führte NR Walter Bosshard in der Debatte vom 17.3.1997 folgendes aus: *"Das Geldwäschereigesetz ist bewusst als Rahmengesetz konzipiert und ist vom Gedanken der Selbstregulierung geprägt. Aufgrund der breiten Kritik am ersten, zentralistisch ausgerichteten Gesetzesentwurf basiert das nun mit den Kommissionsanträgen zu beratende Gesetz auf dem Prinzip der Subsidiarität. Allen Finanzintermediären wird die Möglichkeit gegeben, eigene Selbstregulierungsorganisationen zu bilden, die die Einhaltung der Sorgfaltspflichten kontrollieren und bei Zuwiderhandlungen Sanktionen verhängen können. Auch bei einer Selbstregulierung bleibt die direkte Aufsicht durch die spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde gewahrt. Die Kommission für Rechtsfragen bejaht das Konzept des vorliegenden Gesetzesentwurfes, der auf dem Prinzip der Subsidiarität basiert und den Selbsthilfeorganisationen Raum lässt."*⁷

Und BR Kaspar Villiger hielt fest: *"Wichtig scheint mir, dass dieses Gesetz ein typisches Rahmengesetz ist und auf der Selbstregulierung basiert. Der Staat soll nur insofern regeln und kontrollieren, als Private dies nicht ebensogut können. Die Selbstregulierung nutzt das Fachwissen innerhalb der Finanzintermediäre. Es wird ja immer auch ein gewisses Misstrauen gegenüber der Selbstregulierung geäußert, aber die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass dieses Misstrauen nicht am Platz ist. Ich bin überzeugt, dass eine lückenlose Kontrolle*

⁴ GWG-Botschaft, BBl. 1996, S. 1115.

⁵ BBl. 1996, S. 1170.

⁶ GWG-Botschaft, BBl. 1996, S. 1139.

⁷ Vgl. NR Bosshard, AB N 1997, S. 323.

durch die Verwaltung einen riesigen Aufwand bedingen würde und letztlich doch nicht so flächendeckend präsent wäre wie die Selbstregulierung. Klar ist aber, dass es sich um eine kontrollierte Selbstregulierung handeln muss."⁸

Der damalige Art. 16 Abs. 1 aGWG und heutige Art. 17 GWG wurde aufgrund der beschriebenen Kritik am zu zentralistischen System mit der Bedingung ergänzt "[..], soweit nicht eine Selbstregulierungsorganisation diese Sorgfaltspflicht und ihre Erfüllung selber regelt." Der heute geltende Art. 17 GWG lautet (inhaltlich identisch mit dem vom Parlament seinerzeit verabschiedeten Art. 16 Abs. 1 aGWG) nunmehr wie folgt:

„Die FINMA und die Eidgenössische Spielbankenkommission konkretisieren für die ihnen unterstellten Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absatz 2 die Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel und legen fest, wie diese zu erfüllen sind, soweit nicht eine Selbstregulierungsorganisation diese Sorgfaltspflichten und ihre Erfüllung regelt“.

Die GWG-Botschaft hält überdies zu Art. 40 aGWG (entspricht dem heutigen Art. 41 GWG) fest: *"Art. 40 betont nochmals die Wichtigkeit der Selbstregulierung, indem festgehalten wird, dass die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden nur Ausführungsbestimmungen erlassen werden, soweit dies die Selbstregulierungsorganisationen nicht in angemessener Weise selbst tun."*⁹

Der Wortlaut des heutigen Art. 17 GWG wie auch derjenige des Art. 41 GWG sind klar und unmissverständlich. Beide Bestimmungen gehen von der Subsidiarität der Regelungskompetenz der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden aus. Für die Konkretisierung der Sorgfaltspflichten nach GWG sind primär die Selbstregulierungsorganisationen zuständig. Erst bei unangemessener, d.h. gesetzwidriger, lückenhafter oder unzureichender Konkretisierung durch die SRO hat die spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde eine subsidiäre Regelungskompetenz.

Mit dem FINMAG wurde Art. 16 Abs. 2 aGWG mit der Begründung aufgehoben, die der FINMA zustehenden Massnahmen seien im FINMAG geregelt¹⁰. Art. 7 Abs. 2 und 3 FINMAG halten fest, dass die FINMA nur soweit reguliert, wie dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, sie die Selbstregulierung unterstützt sowie diese im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anerkennen und durchsetzen kann. In der FINMAG-Botschaft wird dazu ausdrücklich festgehalten, dass sich am bisherigen Selbstregulierungssystem nichts ändert.¹¹ Schliesslich gilt es zu beachten, dass Art. 17 GWG und Art. 41 GWG lex specialis zu Art. 7 FINMAG bilden.

Demnach hat die FINMA als spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde im Verhältnis zur SRO-SVV lediglich eine subsidiäre und keine parallele Regelungskompetenz und sie kann die von der SRO-SVV erlassenen Regelungen nur auf Angemessenheit gegenüber dem GWG prüfen. Nur wenn die SRO-SVV keine oder eine dem GWG unangemessene Regelung erlassen hat, kann die FINMA subsidiär einschreiten¹².

⁸ Vgl. BR Villiger, AB N 1997, S. 324.

⁹ Vgl. GWG-Botschaft, BBl. 1996, 1157; de Capitani §8 AT N 39 ff., insbesondere N 43, in: Schmid (Hersg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002.

¹⁰ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl. 2006, S. 2909; zit. "FINMAG-Botschaft".

¹¹ Vgl. FINMAG-Botschaft, BBl. 2006, S. 2861f. und 2909.

¹² So auch Plattner/Müller, Umsetzungsfragen bei der Anwendung der revidierten Verordnung des BPV zur Geldwäschereibekämpfung, in: Haftpflicht und Versicherung (HAVE) 2/2008, S. 189 ff.

2.3 Selbstregulierungsorganisation und Anwendbarkeit der Geldwäschereiverordnung nach Art. 17 i.V.m. 41 Geldwäschereigesetz

Die GwV-FINMA 2 findet auf Versicherungsunternehmen Anwendung, welche sich keiner Selbstregulierungsorganisationen angeschlossen haben. Diese unterstehen auch in Belangen der Geldwäschereibekämpfung der direkten Beaufsichtigung der FINMA. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b GwV-FINMA 2 findet aber die Geldwäscherei-Verordnung auch direkt auf die Selbstregulierungsorganisationen der Privatversicherungsunternehmen Anwendung. Hierfür fehlt nach Ansicht der SRO-SVV jedoch die gesetzliche Grundlage im Geldwäschereigesetz.

Die Delegation der Gesetzgebungskompetenz gemäss Art. 17 i.V.m. Art. 41 GwG verleiht der FINMA lediglich dann die Kompetenz, die Sorgfaltspflichten nach dem zweiten Kapitel des GwG zu konkretisieren sowie festzulegen, wie die Sorgfaltspflichten zu erfüllen sind und im Rahmen ihrer Zuständigkeitsbereiche die notwendigen Vollzugsbestimmungen zum GwG zu erlassen, *soweit nicht eine Selbstregulierungsorganisation diese Sorgfaltspflichten und ihre Erfüllung regelt*. Aus der Kompetenzordnung von Art. 17 GwG und Art. 41 GwG ergibt sich keine Legitimation der FINMA, als spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde weitere Sorgfaltspflichten oder eine weitergehende Geltung der Sorgfaltspflichten vorzusehen, als dies im Geldwäschereigesetz vorgesehen wäre. Ebenso fehlt eine gesetzliche Grundlage, gemäss welcher die FINMA Bestimmungen über eine (konstitutive) Anerkennung einer SRO von spezialgesetzlichen Finanzintermediären erlassen könnte. Art. 17 GwG unterscheidet sich gerade in diesem Punkt klar von Art. 18 Abs. 1 Bst. a. GwG, welcher der FINMA im Bereich der Finanzintermediäre gem. Art. 2 Abs. 3 GwG die Aufgabe der Anerkennung der SRO überbindet. Diese Regelung fehlt in Art. 17 GwG. Daraus folgt, dass sie diese Aufgabe im Bereich der spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzintermediäre gem. Art. 2 Abs. 3 GwG nicht hat. Auch hier kann somit lediglich im Rahmen der Aufsicht eine Angemessenheitsprüfung erfolgen.

Nach Art. 17 GwG bleibt daher aufgrund der Existenz der SRO-SVV, welche die Sorgfaltspflichten und deren Erfüllung in ihrem Reglement selbständig geregelt hat, kein Raum für die Anwendbarkeit der auf Art. 17 GwG gestützten GwV FINMA 2 auf Versicherungsgesellschaften, welche sich der SRO-SVV angeschlossen haben. Die GwV-FINMA 2 findet ausschliesslich auf Versicherungsgesellschaften Anwendung, welche sich keiner SRO angeschlossen haben.

Dazu kommt, dass weder die rechtmässige Existenz der SRO-SVV noch die Angemessenheit ihrer Organisation und der autonomen Umsetzung der Sorgfaltspflichten durch das BPV je in Frage gestellt wurden. Ganz im Gegenteil wurde die SRO-SVV und deren Tätigkeit geschätzt sowie die Reglemente geprüft und bewilligt. Daran ist die FINMA als Nachfolgerin des BPV gebunden. Nachdem durch das FINMAG ausdrücklich am System der Selbstregulierung nichts geändert werden sollte, gilt dies auch dann, wenn man die FINMA nicht als eigentliche Rechts- sondern nur als Funktionsnachfolgerin ansehen wollte. Es geht jedenfalls nicht an, vor dem Hintergrund dieser klaren Rechtslage nach nunmehr 10 Jahren auf einmal die Existenz oder die Angemessenheit der Organisation und Reglemente der SRO-SVV in Frage zu stellen.

Die SRO-SVV untersteht der Aufsicht der FINMA. Diese hat das Recht und die Pflicht zu untersuchen, ob die SRO-SVV die Vorschriften des GwG angemessen, d.h. gesetzeskonform, lückenlos und zureichend, umsetzt. Es gilt dabei, einen risikobasierter Ansatz zu berücksichtigen. Insofern geht Art. 41 über Art. 17 GwG hinaus, indem er als Generalklausel alle Normen des GwG erfasst und generell das Subsidiaritätsprinzip festschreibt. Dies ganz im Sinne der oben ausführlich dargestellten Gesetzesmaterialien.¹³

¹³ Vgl. die Ausführungen unter Ziff. 2.2 oben.

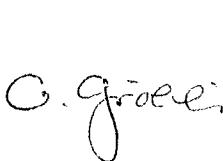
3 Zusammenfassung des Rechtsstandpunktes der SRO-SVV

Die SRO-SVV vertritt vor dem Hintergrunde der vorstehenden Ausführungen sowie aufgrund der klaren gesetzlichen Grundlagen und Materialien die Rechtsauffassung, dass

- die SRO-SVV als SRO gemäss Art. 17 rechtmässig konstituiert ist und heute keinerlei konstitutiven Anerkennung der FINMA bedarf;
- die SRO-SVV gestützt auf die zum FINMAG spezialgesetzlichen Art. 17 und 41 GwG die Sorgfaltspflichten und deren Erfüllung nach dem zweiten Kapitel des GwG in ihrem Reglement angemessen geregelt hat, weiterhin autonom regeln kann und der FINMA in diesem Bereich lediglich eine subsidiäre Aufsichts- bzw. Regelungskompetenz zukommt;
- die GwV-FINMA 2 auf die SRO-SVV als spezialgesetzliche SRO nach Art. 2 Abs. 2 GwG keine Anwendung findet.

Die FINMA entscheidet im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens über die Angemessenheit der Organisation sowie der Regelungen der SRO-SVV. Der Begriff der Angemessenheit beinhaltet naturgemäss eine Wertungskomponente, so dass ein konstruktiver Dialog zwischen Aufsichtsbehörde und beaufsichtigter Organisation unentbehrlich ist. Diesen will die SRO-SVV mit der FINMA führen, allerdings aus der oben ausführlich dargestellten Position einer seit über 10 Jahren existierenden SRO im Sinne von Art. 17 GwG mit einer angemessenen Organisation und Regulierung für die bei ihr angeschlossenen Versicherungsgesellschaften heraus und nicht als Antragstellerin für eine Anerkennung als SRO.

Geschäftsstelle SRO-SVV



Adrian Gröbli



Thomas Jost

Zürich, 5. Februar 2010