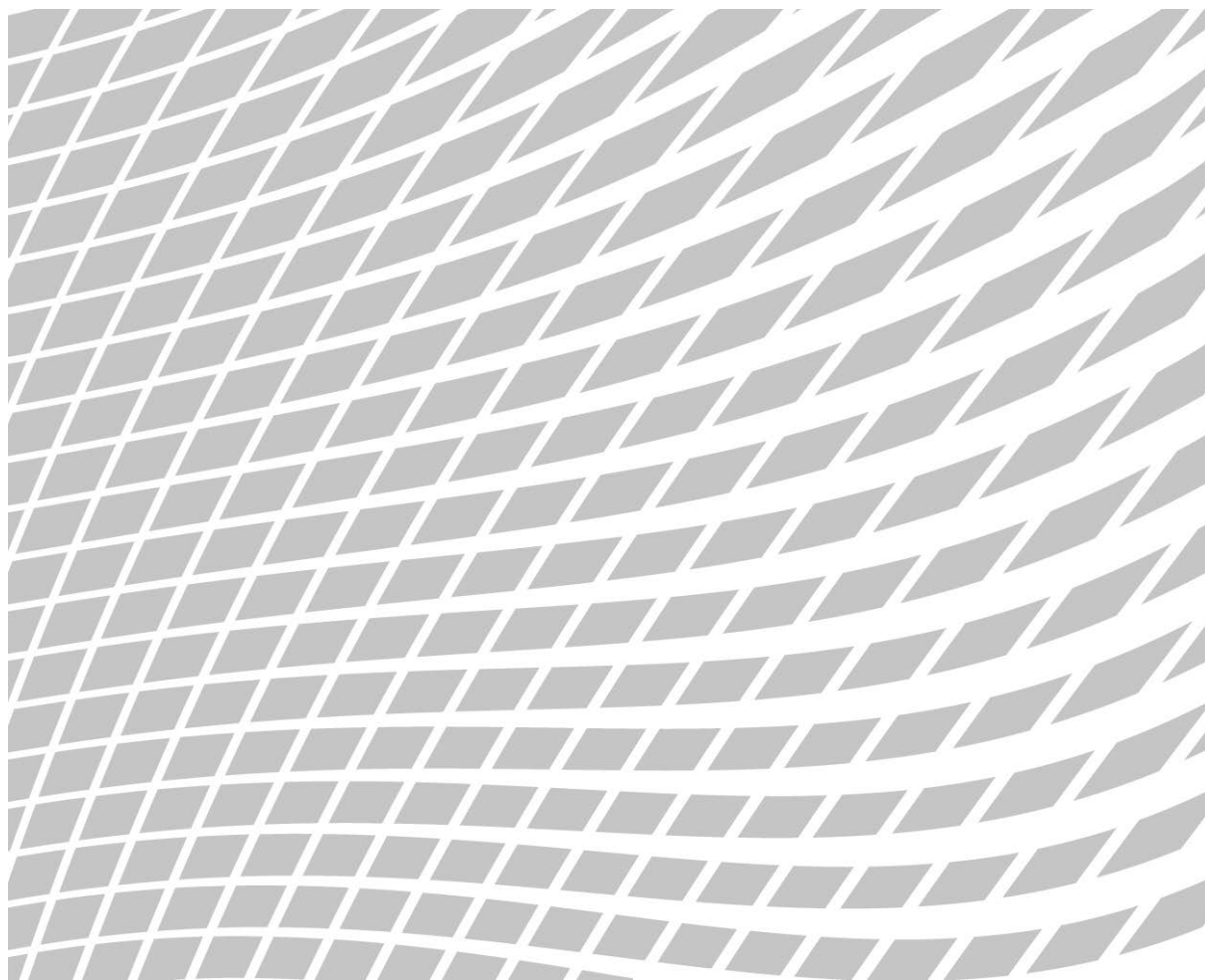


5. Dezember 2016

FINMA-Rundschreiben 2011/1 „Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG“

Bericht der FINMA über die Anhörung vom 11. Juli bis 5. September 2016 zur Teilrevision des räumlichen Geltungsbereichs des Rundschreibens 2011/1 „Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG“



Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	3
1 Einleitung.....	4
2 Eingegangene Stellungnahmen	4
3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	5
3.1 Konstellation 1 und 2: Wohnsitz, Sitz und faktische Zweigniederlassung (Rz 28.2 und Rz 28.3).....	5
3.2 Konstellation 3: Tätigsein für einen ausländischen Finanzintermediär (Rz 28.4)	6
3.3 Fallbeispiele (Rz 28.5 und 28.6)	9
4 Weiteres Vorgehen.....	9

Kernpunkte

Der Anhörungsentwurf in Rz 28.2 und 28.3 wurde von den Anhörungsteilnehmenden grundsätzlich positiv aufgenommen. Zur Präzisierung wurden dennoch Anpassungen vorgenommen. In Rz 28.2 wird der Sitz durch den Handelsregistereintrag ersetzt. In Rz 28.3 wird das Tatbestandsmerkmal der Tätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus mit dem Wort „dauernd“ ergänzt. Zusätzlich werden weitere Erläuterungen zur faktischen Zweigniederlassung aufgeführt.

Der überwiegende Teil der Stellungnahmen betraf Rz 28.4. Während eine Mehrzahl der Anhörungsteilnehmenden eine Streichung bzw. Präzisierung von Rz 28.4 verlangte, ging diese Fallkonstellation für andere zu wenig weit. Eine extensive Interpretation des räumlichen Geltungsbereichs der GwV ist im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise der Finanzmarktgesetzgebung in einem Rundschreiben jedoch nicht angebracht. Die bisherige Regelung zum räumlichen Geltungsbereich hat sich bewährt, weshalb auf den Wohnsitz, die Eintragung im Handelsregister oder die faktische Zweigniederlassung abgestellt wird. Rz 28.4 wird zur Klarstellung neu nicht mehr eigenständig, sondern im Zusammenhang mit der faktischen Zweigniederlassung aufgeführt und mit zusätzlichen Erläuterungen präzisiert.

Der räumliche Geltungsbereich soll neu folgendermassen geregelt werden:

Ein Finanzintermediär ist gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst a GwV in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig, wenn

- 1) er in der Schweiz seinen Wohnsitz hat oder im Handelsregister eingetragen ist; oder
- 2) er in der Schweiz Personen beschäftigt, die für ihn dauernd in der Schweiz oder von der Schweiz aus finanzintermediäre Geschäfte ausführen oder abschliessen oder ihn rechtlich zu solchen verpflichten können (faktische Zweigniederlassung). Hierunter fallen Geschäftsstellen von Gesellschaften, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, hier jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben (vgl. BGE 130 II 351 E. 5.1 S. 362).

Unter die faktische Zweigniederlassung fallen auch Personen, die dem ausländischen Finanzintermediär dauernd helfen, in der Schweiz oder von der Schweiz aus wesentliche Bestandteile der finanzintermediären Tätigkeit auszuführen, etwa durch die Entgegennahme oder die Aushändigung von Vermögenswerten oder durch die Erbringung der finanzintermediären Dienstleistung.

1 Einleitung

Vom 11. Juli bis 5. September 2016 führte die FINMA eine Anhörung zum Entwurf einer Teilrevision des Rundschreibens 2011/1 „Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG“ durch. Die Information über die Anhörung erfolgte über die Webseite der FINMA und wandte sich an alle interessierten Kreise.

Eine Revision des Rundschreibens 2011/1 „Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG“ war notwendig, da per 1. Januar 2016 der Bundesrat die bisherige Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF; SR 955.071) aufgehoben und sie in die Geldwäschereiverordnung vom 11. November 2015 (GwV; SR 955.01) integriert hat.

Die bedeutendste Änderung mit der neuen GwV wurde beim Wortlaut zum räumlichen Geltungsbereich vorgenommen. Die GwV gilt für „Finanzintermediäre [...], die in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind [...]“ (Art. 2 Abs. 1 Bst. a GwV). Die Formulierung erfordert eine Änderung der Rz 28 des Rundschreibens.

Der vorliegende Bericht geht in allgemeiner und zusammengefasster Form auf die eingegangenen Stellungnahmen der Anhörungsteilnehmenden zum Anhörungsentwurf ein und erläutert, wo angebracht, einzelne Bestimmungen. Wie mit der Information zur Anhörung und im Erläuterungsbericht ausgeführt, beschränkte sich die Anhörung auf die Änderung hinsichtlich des räumlichen Geltungsbereichs gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a GwV, das heisst Rz 28.1 bis und mit Rz 28.6. Auf Stellungnahmen zu anderen Randziffern wird vorliegend nicht eingegangen.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Personen und Institutionen haben an der Anhörung teilgenommen und der FINMA eine Stellungnahme eingereicht (in alphabetischer Reihenfolge):

- Association Romande des Intermédiaires Financiers (SRO ARIF)
- Bär & Karrer AG
- Forum Schweizer Selbstregulierungsorganisationen (Forum-SRO)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- paysafecard.com Schweiz GmbH
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes (SRO SAV/SNV)
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes (SRO-SLV)
- Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SVV)
- Swiss Finance + Technology Association
- Swiss Payment Association

- Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF)
- VISCHER AG

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

Die Ergebnisse der Anhörung und die Beurteilung durch die FINMA werden nachfolgend dargestellt. Die Abfolge der Themenblöcke entspricht der Reihenfolge der Randziffern des Rundschreibens.

3.1 Konstellation 1 und 2: Wohnsitz, Sitz und faktische Zweigniederlassung (Rz 28.2 und Rz 28.3)

Stellungnahmen

Der Anhörungsentwurf wurde von den Anhörungsteilnehmenden mit Verweis auf die aufgehobenen Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b der VBF positiv aufgenommen.

Von zwei Anhörungsteilnehmenden wurde vorgeschlagen, dass elementare Erfordernisse wie die Dauerhaftigkeit einer in der Schweiz oder von der Schweiz aus ausgeübten finanzintermediären Dienstleistung zur Klarstellung in das Rundschreiben aufgenommen werden sollen.

Würdigung

Es soll in Rz 28.2 verdeutlicht werden, dass auch eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung unter die Konstellation 1 fällt.

Entsprechend der FINMA-Praxis und wie im Erläuterungsbericht dargelegt, orientiert sich die FINMA an den spezialgesetzlichen Regelungen (beispielsweise Art. 2 der Auslandsbankenverordnung-FINMA [ABV-FINMA; SR 952.111]), um stossende und nicht praktikable Resultate zu verhindern. Dementsprechend wird Rz 28.3 um das Tatbestandsmerkmal der Dauerhaftigkeit erweitert. Hierbei ist anzumerken, dass auch Umgehungstatbestände, z.B. die immer wiederkehrende Einreise in die Schweiz zwecks Vornahme von finanzintermediären Tätigkeiten, das Kriterium der Dauerhaftigkeit erfüllen können. Schliesslich werden weitere Ausführungen zur faktischen Zweigniederlassung angefügt, welche bisher nur im Erläuterungsbericht zu finden waren.

Fazit

In Rz 28.2 wird der Sitz durch den Handelsregistereintrag ersetzt.

In Rz 28.3 wird das Tatbestandsmerkmal der Tätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus mit dem Wort dauernd ergänzt. Zusätzlich werden weitere Erläuterungen zur faktischen Zweigniederlassung aufgeführt.

3.2 Konstellation 3: Tätigsein für einen ausländischen Finanzintermediär (Rz 28.4)

Stellungnahmen

Der überwiegende Teil der Stellungnahmen betraf Rz 28.4. Während eine Mehrzahl der Anhörungsteilnehmenden eine Streichung bzw. Präzisierung der Konstellation 3 verlangte, ging diese für andere zu wenig weit.

Diejenigen Anhörungsteilnehmenden, die eine weitergehende Auslegung von Konstellation 3 (Rz 28.4) bevorzugen, machten geltend, dass als wesentliche finanzintermediäre Tätigkeit nicht nur die Entgegennahme von Geldern oder die Vertriebstätigkeit von beispielsweise Prepaidkarten, sondern jegliche Vertriebstätigkeit für einen ausländischen Finanzintermediär (z.B. die Zustellung, das Auflegen oder die Verteilung von Antragsformularen oder Werbematerial) gelten solle. Es sei nicht nachvollziehbar weshalb ein ausländischer Finanzintermediär dem Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.0) unterstellt sei, wenn er Bestandteile seiner finanzintermediären Tätigkeit über eine in der Schweiz ansässige Hilfsperson ausführen lasse, während er nicht reguliert sein solle, wenn er die gleiche Tätigkeit mittels eines eigenen Online-Angebots ausübe. Es werde erwartet, dass künftig noch mehr ausländische Finanzintermediäre im Schweizer Markt tätig werden. Diese ausländischen Finanzintermediäre würden ihre Dienstleistungen in der Schweiz hauptsächlich über Internet-Kanäle vermarkten. Mangels physischer Präsenz in der Schweiz müssten sich solche Finanzintermediäre jedoch nicht der Aufsicht der FINMA unterstellen und damit die Vorschriften der Schweizer Geldwäschereigesetzgebung nicht berücksichtigen. Falls jedoch ein Finanzintermediär mit Sitz in der Schweiz sich via Internet an Kunden im Ausland richte, könne dies bereits eine Unterstellungspflicht zur Folge haben. Da bei ausländischen Rechtsordnungen der räumliche Geltungsbereich weiter gehe, als derjenige der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung, führe dies zu einer Benachteiligung gegenüber den ausländischen Konkurrenten, da diese weniger regulatorische Anforderungen erfüllen müssten. Anstelle einer physischen Präsenz solle für ausländische Online-Anbieter der Ort der Dienstleistungserbringung als Anknüpfungspunkt für den räumlichen Geltungsbereichs relevant sein.

Andere Anhörungsteilnehmende, u.a mehrere SRO (inkl. Forum-SRO), monierten dagegen, dass die Konstellation 3 (Rz 28.4) zu weit gehe. Sie entspreche dabei nicht dem GwV-Erläuterungsbericht des EFD¹. Zudem sei der Wortlaut unklar und es handle sich um eine Generalklausel, die auch die Konstellationen 1 und 2 umfasse. Es sei fraglich, ob eine bessere Qualität der Tätigkeit der betreffenden Finanzintermediäre erreicht werden könne, denn diese seien bereits in dem Land, in dem sie ihren Inkorporationssitz haben, der Aufsicht unterstellt (Problematik der doppelten Aufsicht). Unklar sei auch, wie die Schweiz im Ausland allfällige Sanktionsentscheide durchsetzen wolle. Gemäss Erläuterungsbericht führe zudem die Betreuung von Kunden eines ausländischen Finanzintermediärs durch in der Schweiz ansässige Personen zu einer Unterstellungspflicht. Es handle sich ferner um einen Wertungswiderspruch, wenn im Umkehrschluss die Betreuung von Schweizer Kunden eines ausländischen Finanzintermediärs durch im Ausland ansässige Personen (Grenzgänger) somit keine Unterstellung zur Folge habe.

¹ Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 11. November 2015 zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen.

Des Weiteren wurde von einem Anhörungsteilnehmer angeregt, dass Rz 28.4 ähnlich dem Tatbestandsmerkmal der Dauerhaftigkeit auch das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen finanzintermediären Tätigkeit aufführen solle.

Schliesslich wurde vorgeschlagen, dass nur die Hilfsperson und nicht der ausländische Finanzintermediär dem GwG-unterstellt werden solle, da dies zu einem faktischen Niederlassungszwang in der Schweiz führe und ausländischen Finanzintermediäre in ihrem Sitzstaat einer (z.B. im Falle von EU-Mitgliedstaaten gleichwertigen) Geldwäschereichaufsicht unterstehen würden.

Würdigung

Zusammengefasst argumentiert ein Teil der Anhörungsteilnehmer für eine weitere und ein anderer Teil für eine restriktivere als von der FINMA vorgenommenen Auslegung der GwV.

Allgemein ist eine Zunahme von reinen Online-Dienstleistungsangeboten im Finanzbereich festzustellen. Eine physische Präsenz in einem bestimmten Land ist für das Anbieten einer finanzintermediären Dienstleistung immer weniger notwendig. Die FINMA hat jedoch die Einbettung der GwV in die gesamte Aufsichtsgesetzgebung zu berücksichtigen. Im Erläuterungsbericht wurde in Ziffer 2.5 bereits dargelegt, wieso der räumliche Anwendungsbereich der Geldwäschereigesetzgebung nicht weiter gehen kann, als derjenige der höherrangigen Spezialgesetze. Würde dem Vorschlag für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs gefolgt und der räumliche Geltungsbereich der GwV weiter ausgelegt als derjenige der ABV-FINMA, so müssten ausländische Banken, die beispielsweise Dienstleistungen im Zahlungsverkehr an Schweizer Kunden anbieten, sich nach Art. 14 GwG einer SRO anschliessen oder bei der FINMA um Bewilligung als direkt unterstellte Finanzintermediäre ersuchen. In der Folge benötigten diese Banken einen Handelsregistereintrag in der Schweiz, womit sie gegen die Bankengesetzgebung verstossen würden. Eine solch grundlegende Änderung des örtlichen Geltungsbereichs müsste im übergeordneten Recht eingeführt werden.

Bei Konstellation 3 (Rz 28.4) handelt es sich um eine Unterform der Konstellation 2 (Rz 28.3). Die Konstellation 2 (Rz 28.3) entspricht typischerweise der Situation, in der ein ausländischer Finanzintermediär in der Schweiz Personen angestellt und Büroräumlichkeiten bezogen hat, hier jedoch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Die Konstellation 3 (Rz 28.4) hingegen soll Sachverhalte abdecken, in denen Personen in der Schweiz ihren Sitz oder Wohnsitz haben und gleichzeitig als Stellvertreter für einen ausländischen Finanzintermediär agieren. Bei der Konstellation 3 (Rz 28.4) geht es nicht darum, eine Generalklausel einzuführen, wie dies von mehreren Anhörungsteilnehmenden kritisiert wurde. Aus diesem Grund wurde im Erläuterungsbericht auch dargelegt, dass nur wesentliche Bestandteile der finanzintermediären Tätigkeit darunter fallen.

In der Konstellation 3 (Rz 28.4) wird der Vertrag nur zwischen dem Schweizer Kunden und dem ausländischen Finanzintermediär abgeschlossen. Der Vertragsabschluss muss dabei nicht immer über einen Stellvertreter, sondern kann auch über das Internet erfolgen. Gleichzeitig benötigt der ausländische Finanzintermediär aber Stellvertreter in der Schweiz, um einen wesentlichen Teil seiner finanzintermediären Dienstleistung durchzuführen. Beispielsweise indem die ausländische Gesellschaft *Pre-paid*-Karten herausgibt und sich für den Vertrieb in der Schweiz durch eine Gesellschaft vertreten

lässt, die bereits ein bestehendes Geschäftsstellennetz in der Schweiz betreibt, oder deren Geschäftsstellennetz verwendet, um Gelder entgegenzunehmen.

Der Begriff der Hilfsperson ist in der GwG-Regulierung seit langem etabliert und in Art. 2 Abs. 2 Bst. b GwV verankert. Die diesbezügliche Ausnahme zur GwG-Unterstellung gilt aber nur für Hilfspersonen von schweizerischen Finanzintermediären. Ohne FINMA-Bewilligung oder SRO-Anschluss des ausländischen Finanzintermediärs müssten alle seine Hilfspersonen, um nicht unerlaubt tätig zu sein, in der Schweiz in eigenem Namen auftreten und eine eigenständige FINMA-Bewilligung beantragen oder sich einer SRO anschliessen.

Handeln Personen in der Schweiz oder von der Schweiz aus als Stellvertreter des ausländischen Finanzintermediärs, so fällt der ausländische Finanzintermediär in den Geltungsbereich der GwV. Überschreitet er zudem in der Schweiz die Schwelle der Berufsmässigkeit, so muss er sich gemäss Art. 14 GwG einer SRO anschliessen oder bei der FINMA ein DUFI-Bewilligungsgesuch einreichen und sich im Handelsregister eintragen. Andernfalls ist er in der Schweiz unerlaubt tätig. Ein Niederlassungszwang ist damit vom Gesetzgeber vorgesehen. Dass damit international tätige Finanzintermediäre mehreren Aufsichtsbehörden unterstehen, ist üblich. Die in der Anhörung aufgeworfene Problematik der Durchsetzung von Sanktionsentscheiden im Ausland besteht deshalb nicht.

Ein Wertungswiderspruch, wie von einigen Anhörungsteilnehmenden moniert wurde, ist nicht erkennbar. Wer im Ausland seinen Wohnsitz hat, in der Schweiz aber dauernd finanzintermediäre Finanzdienstleistungen anbietet und hier über Büroräumlichkeiten verfügt, ist nicht vom Anwendungsbereich des GwG ausgenommen, sondern bereits unter Konstellation 2, im Sinne einer faktischen Zweigniederlassung, in der Schweiz tätig.

Die Stellungnahmen haben aufgezeigt, dass die Konstellation 3 (Rz 28.4) von einigen Anhörungsteilnehmenden anders verstanden wurde, als von der FINMA beabsichtigt. Da Konstellation 3 (Rz 28.4) eine Unterform von Konstellation 2 (Rz 28.3) ist, wird Konstellation 3 zur Klarstellung nicht mehr eigenständig, sondern neu im Zusammenhang mit Konstellation 2 aufgeführt. Zusätzlich wird zur erhöhten Transparenz das Tatbestandmerkmal der Wesentlichkeit aufgenommen.

Fazit

Eine extensive Interpretation des räumlichen Geltungsbereichs der GwV ist im Rahmen einer gesamtgesellschaftlichen Betrachtungsweise der Finanzmarktgesetzgebung in einem Rundschreiben jedoch nicht angebracht. Die bisherige Regelung zum räumlichen Geltungsbereich hat sich bewährt, weshalb auf den Wohnsitz, die Eintragung im Handelsregister oder die faktische Zweigniederlassung abgestellt wird. Rz 28.4 wird zur Klarstellung neu nicht mehr eigenständig, sondern im Zusammenhang mit der faktischen Zweigniederlassung aufgeführt und mit zusätzlichen Erläuterungen präzisiert.

3.3 Fallbeispiele (Rz 28.5 und 28.6)

Stellungnahmen

Ein Anhörungsteilnehmer wünschte, dass der Inhalt in Rz 28.5 gestrichen und, um Missverständnisse zu vermeiden, anstelle der jetzigen Ausführungen der Sachverhalt bezüglich den Agenten präzisiert werden solle.

Zusätzlich wurde eine neue Randziffer zur vorübergehenden grenzüberschreitenden Tätigkeit als Präzisierung vorgeschlagen. Gleichzeitig sollten wesentliche Ausführungen des Erläuterungsberichts wie zum Online-Angebot eines ausländischen Finanzintermediärs in das Rundschreiben überführt werden

Würdigung

Die obenstehenden Ausführungen zu Rz 28.4 legen dar, wie die FINMA den Geltungsbereich auslegt und welcher Sachverhalt hinsichtlich den Agenten in den räumlichen Geltungsbereich fällt.

Der neu aufgeführte Tatbestandsmerkmal des dauernden Tätigseins in Rz 28.3 schliesst gleichzeitig auch eine vorübergehende grenzüberschreitende Tätigkeit aus. Insofern erübrigen sich hierzu weitere Ausführungen. Hingegen rechtfertigt es sich, das Beispiel mit dem Online-Angebot eines ausländischen Finanzintermediärs auch im Rundschreiben aufzuführen.

Schliesslich werden zur besseren Illustration zusätzliche Beispiele aufgeführt.

Fazit

Die bestehenden Fallbeispiele werden um weitere Beispiele ergänzt.

4 Weiteres Vorgehen

Das revidierte FINMA-RS 11/1 „Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG“ tritt am 1. Januar 2017 in Kraft.