

Mathias Pini

Dr. iur., Rechtsanwalt

Risk Based Approach – ein neues Paradigma in der Geldwäschereibekämpfung

**Unter spezieller Berücksichtigung der
Geldwäschereiverordnung der EBK**

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVI
Literaturverzeichnis.....	XX
Materialien	XXXI
I. Einleitende Bemerkungen.....	1
II. Der Risk Based Approach – eine Begriffsumschreibung.....	3
A. Das Entstehen des Risk Based Approach in der Geldwäschereibekämpfung auf internationaler Ebene	3
1. FATF	3
a) Die 40 Empfehlungen 1990/1996.....	3
b) Die 40 Empfehlungen 2003	5
2. Die Aufsichtsbehörde (Basel Committee on Banking Supervision).....	6
3. Der private Sektor – die Wolfsberg AML Principles.....	8
B. Die gemeinsamen Kernbestimmungen des Risk Based Approach der internationalen Standards	11
1. Der Risikobegriff der internationalen Standards	11
2. Die Miteinbeziehung der Branche – Delegation und Ko- Regulierung	12
3. Unterschiedliche Verfahren mit unterschiedlichem Sorgfaltsmassstab	13
a) Gewöhnliches Verfahren als Ausgangslage	13
b) Verfahren mit erhöhtem Risiko.....	14
aa) Kunden und Situationen mit erhöhtem Risiko.....	14
bb) Erhöhte Sorgfaltspflichten	17
cc) Kritik	18
c) Vereinfachtes Verfahren	19
4. Weitere mit dem Risk Based Approach zusammenhängende Themen.....	21
a) Die Ausdehnung auf die Terrorismusfinanzierung	21
b) Die Meldepflichten	21
5. Das Zusammenwirken der internationalen Standards.....	22
6. Fazit aus den internationalen Standards für den Begriff Risk Based Approach.....	22

C.	Risiko und Risikomanagement aus ökonomischer Betrachtung.....	27
1.	<i>Umschreibung</i> des Risikos in der Ökonomie	27
a)	Geschichtlicher Hintergrund	27
b)	Risikobegriff.....	28
c)	Verschiedene Arten von Risiken.....	29
aa)	Im Allgemeinen	29
bb)	Bankspezifische Risiken	30
d)	Geldwäscherei und Risiko?.....	32
aa)	Nach ökonomischer Definition	32
bb)	Eigenheiten des Geldwäschereirisikos	33
cc)	Geldwäscherei und Reputationsrisiko?	33
dd)	Das „Risiko“ Geldwäscherei und dessen Berücksichtigung in der Literatur	36
ee)	Zwischenresultat	37
2.	<i>Umgang</i> mit Risiken in der Ökonomie.....	37
a)	Grundsätzliches	37
b)	Optik des Betrachters – Risikogewichtung – Eintretenswahrscheinlichkeit	38
c)	Umgang mit Risiken <i>innerhalb</i> der Unternehmung – Risikomanagement	40
d)	Umgang mit Risiken <i>ausserhalb</i> der Unternehmung – Einfluss der Aufsichtsbehörde	42
3.	Schlussfolgerungen.....	43
III.	Risikoüberlegungen in der bisherigen Geldwäscherei- bekämpfung der Schweiz? – Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Geldwäschereibekämpfung unter dem Aspekt des Risikogedankens.....	45
A.	Einleitende Bemerkungen	45
B.	Das Zusammenspiel verschiedener Rechtsgebiete in der Geldwäschereibekämpfung.....	46
C.	Die einzelnen Stufen der schweizerischen Entwicklung der Geldwäschereibekämpfung.....	49
1.	Vorgeschichte – VSB.....	49
a)	Die Entstehung der VSB – ein Akt der Selbstregulierung?	49
b)	Risiko und „Risikomanagement“ der VSB.....	51
c)	Das auf formellen Abläufen basierende Konzept der VSB.....	51
aa)	Der direkte Vertragspartner.....	52
bb)	Der wirtschaftlich Berechtigte	52
d)	Einhaltung und Sanktionskonzept der VSB.....	54
e)	Fazit.....	55

2.	Die Strafbestimmungen der Geldwäscherei	56
a)	Die Einführung der Straftatbestände – Ziel des Gesetzgebers	56
b)	Art. 305 ^{bis} StGB	57
c)	Art. 305 ^{ter} StGB.....	60
aa)	Die Übernahme eines bestehenden Konzepts	60
bb)	Der Einbezug von Privaten zur Verbrechensprävention – Erhöhung des Betriebsrisikos	61
cc)	Der ungeklärte Sorgfaltsbegriff	62
dd)	Interesse des Privaten an der Verbrechensbekämpfung?.....	67
ee)	Reicht Art. 305 ^{ter} StGB für eine effiziente Geldwäschereiprävention?	70
d)	Fazit aus den strafrechtlichen Bestimmungen	71
3.	Aufsichtsrechtliche Bestimmungen – Die Richtlinien der EBK zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei von 1991 (EBK-RS 91/3).....	73
a)	Das Erkennen von „Ungewöhnlichem“	73
b)	Das mit Geldwäscherei verbundene Risiko	74
c)	Zielsetzung des Aufsichtsrechts – Compliance Risiko für die FI.....	75
d)	Offene Bestimmungen – Formale Konkretisierung.....	77
e)	Aufsichtsrechtliche Sanktionen	79
aa)	Perspektive der Banken.....	79
bb)	Perspektive der Aufsichtsbehörde.....	81
f)	Schwierige Erkennbarkeit – faktische Macht der Front	83
g)	Fazit aus den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen	84
4.	Das GwG – Governance-at-a-Distance.....	86
a)	Das GwG von 1998.....	86
b)	Das System der Selbstregulierung im GwG	87
c)	Funktionsweise der Governance-at-a-Distance	88
d)	Vorteile der Governance-at-a-Distance	90
e)	Nachteile der Governance-at-a-Distance in Bezug auf die Geldwäschereibekämpfung.....	91
aa)	Unterschiedliche Interessen	91
bb)	Anerkennung der Selbstregulierung durch den Richter? Die besondere Stellung der VSB	98
D.	Fazit und Ausblick auf den Risk Based Approach	101
IV.	Der Risk Based Approach in der Schweizerischen Geldwäschereibekämpfung.....	103
A.	Der Paradigmawechsel in der neuen Geldwäschereiverordnung der EBK.....	103
B.	Der Risk Based Approach nach GwV-EBK	106

1.	Die <i>Geschäftsbeziehungen</i> mit erhöhten Risiken nach Art. 7 GwV-EBK.....	106
a)	Kategorienbildung und Handlungspflicht der Banken	106
b)	Das zu berücksichtigende Risiko nach GwV-EBK	107
c)	Rechtsgrundlage der Kategorienbildung.....	107
d)	Die einzelnen Kategorien gemäss Art. 7 Abs. 2 und 3 GwV-EBK – eine praktische Sichtweise	109
aa)	Buchstabe a (Länderrisiko)	109
bb)	Buchstabe b (Branchenrisiko).....	111
cc)	Buchstabe c (Personenrisiko).....	113
dd)	Buchstabe d (Produkterisiko).....	114
ee)	Buchstabe e (Limitenrisiko).....	115
ff)	Buchstabe f (Limitenrisiko)	116
gg)	Buchstabe g (Unterform des Länderrisikos).....	117
hh)	Abs. 3: PEP	118
ii)	„Private Banking“	122
e)	Praktische Probleme der Kategorienbildung	124
aa)	Die vorhandenen Informationen – Auswirkung auf das Eröffnungsverfahren	124
bb)	Elektronische Verfügbarkeit der Informationen.....	126
2.	<i>Transaktionen</i> mit erhöhten Risiken (Art. 8 GwV-EBK).....	128
a)	Grundsätzliches	128
b)	Systeme zur Transaktionsüberwachung (Art. 12 GwV-EBK)	128
c)	Kritik	129
aa)	Definition einer Transaktion mit erhöhten Risiken	129
bb)	Systemunterstützung und das Zusammenhängen von Transaktionen mit Geschäftsbeziehungen	130
cc)	Auswertung und Dokumentation und die zu bewältigende Datenflut (false positives)	132
dd)	Überwachung eines kleinen Ausschnitts des Kundenverhaltens.....	133
ee)	Ex post Kontrolle oder Online-Blockierung.....	133
ff)	Schnittstellenprobleme und Kosten	134
d)	Fazit.....	135
3.	Die erhöhten Sorgfaltspflichten (Art. 17 ff. GwV-EBK)	135
a)	Im Allgemeinen.....	135
b)	Gegenstand der Abklärungen (Art. 17 GwV-EBK).....	137
c)	Abklärungsmittel (Art. 18 GwV-EBK).....	138
d)	Plausibilitätskontrolle (Art. 18 Abs. 3 GwV-EBK).....	140
e)	Delegation (Art. 19 GwV-EBK)	141
f)	Zeitpunkt der zusätzlichen Abklärungen (Art. 20 GwV-EBK).....	143
4.	Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko (Art. 21 GwV-EBK) und die Verantwortung des obersten Geschäftsführungsorgans (Art. 22 GwV-EBK).....	144

5.	Der Anwendungsbereich über die Landesgrenzen hinaus.....	145
a)	Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften im Ausland (Art. 3 GwV-EBK).....	146
b)	Globale Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken (Art. 9 GwV-EBK).....	148
6.	Interne Umsetzung des Risk Based Approach – Risikomanagement.....	149
a)	Interne Geldwäschereiweisungen und Ausbildung (Art. 10 und 11 GwV-EBK).....	149
aa)	Weisungen.....	149
bb)	Schulungen.....	150
b)	Interne Umsetzung und Formalismus.....	151
c)	Die interne Geldwäschereifachstelle (Art. 13 GwV-EBK).....	153
7.	Sanktionskonzept der GwV-EBK.....	155
8.	Situationen/Geschäftsbeziehungen mit vermindertem Risiko.....	156
9.	Correspondent Banking (Art. 6 GwV-EBK).....	157
C.	Haftungsbeschränkende Wirkung des RBA?	158
1.	Im Aufsichtsrecht.....	158
a)	Anerkennung durch die Aufsichtsbehörde?.....	158
b)	Zur Praxis der Revisionsgesellschaften.....	159
aa)	Zur Praxis.....	159
bb)	Das gesetzgeberische Konzept.....	161
2.	Im Strafrecht.....	163
D.	Wechselwirkungen zwischen Risk Based Approach und Strafrecht	164
1.	Risk Based Approach und Generalprävention.....	164
2.	Zur weiteren Notwendigkeit von Art. 305 ^{ter} StGB.....	165
E.	Die neuen Meldepflichten	167
1.	Art. 24 GwV-EBK.....	167
2.	Art. 25 GwV-EBK.....	169
F.	Das neue Unternehmensstrafrecht und seine Auswirkung auf die Geldwäschereibekämpfung	170
1.	Die neuen Bestimmungen über das Unternehmensstrafrecht.....	170
2.	Die Auswirkung auf die Geldwäschereibekämpfung.....	171
a)	Die Auswirkung auf das (finanzielle) Risiko.....	171
b)	Die Eingrenzung des Risikos.....	172

c)	Der Begriff der mangelhaften Organisation resp. die Anforderungen an die organisatorischen Vorkehren – Haftungsbeschränkung?	173
aa)	Die mangelhafte Organisation nach Art. 102 Abs. 1 StGB	173
bb)	Die erforderlichen und zumutbaren Vorkehren nach Art. 102 Abs. 2 StGB	174
cc)	Kritische Beurteilung der Haftungsbeschränkung durch den RBA?	175
d)	Interessensunterschiede – Strafprozessuale Gedanken – Meldewesen	177
aa)	Bei der subsidiären Strafbarkeit	177
bb)	Bei der kumulativen Strafbarkeit	178
e)	Die Gefahr einer weiteren Bürokratisierung?	180
3.	Schlussfolgerung	181
G.	Terrorismus und Terrorismusfinanzierung im Konzept des Risk Based Approach	182
1.	Vorbemerkungen	182
2.	Wer ist ein Terrorist?	184
a)	Fehlende internationale Definition	184
b)	Definition in der GwV-EBK	185
c)	Internationale Dimension	186
3.	Unterschiedlicher Tathergang – gleiches Bekämpfungskonzept	186
a)	Tathergang	186
b)	Erkennbarkeit – KYC	187
aa)	Erkennbarkeit der Geldwäscherei	187
bb)	Erkennbarkeit der Terrorismusfinanzierung	187
4.	Platz für einen Risk Based Approach?	188
5.	Zur Meldepflicht nach Art. 25 GwV-EBK	190
a)	Fehlende Übereinstimmung mit dem GwG	190
b)	Folgen der Verletzung des Legalitätsprinzips	192
V.	Kritische Würdigung des Risk Based Approach in der schweizerischen Geldwäschereibekämpfung	194
A.	Die Motivation des Verordnungsgebers für die Einführung des Risk Based Approach	194
B.	Neues Konzept Risk Based Approach?	195
C.	Geldwäscherei und Risiko	197
1.	Unterschiedliche Betrachtungsweise	197
2.	Zusammenspiel der Rechtsgebiete – Sanktionen	197

3.	Rechts- und Reputationsrisiken	199
D.	Risikomanagement als Mittel der Privatwirtschaft in der Geldwäschereibekämpfung – Schwachstellen/Kritik?	201
1.	Risiko als Voraussetzung für ein Risikomanagement	201
2.	Einzelprobleme betr. Risikomanagement	201
a)	Interessensunterschied	201
b)	(Nach wie vor) Fehlende Messbarkeit des Präventionserfolgs – klare Messbarkeit der Präventionskosten – Kosten/Nutzen	203
c)	Entlöhnungssystem in Banken	205
d)	Marktwirtschaftliche Alternativen zur Berücksichtigung des Risikos?	206
aa)	White Listing	207
bb)	Alternative Bussenordnung	207
3.	Rechtssicherheit, Formalismus und Risikomanagement	208
a)	Bedürfnis nach Rechtssicherheit	208
b)	Formalismus als Gefahr und Bestandteil des Risikomanagements ..	209
E.	Die wichtige Funktion von Compliance und internen Kontrollinstanzen	211
F.	Anerkennung durch staatliche Institutionen – Haftungsbegrenzung?	213
G.	Die Anwendbarkeit eines Risk Based Approach auf die Terrorismusfinanzierung	215
H.	Systemunterstützung als Hilfsmittel zur Geldwäschereibekämpfung	216
VI.	Schlusswort	217