

Korrigierte Version: 13.01.2005 / 15:30 Uhr

00.000

**Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe
d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de
capitaux**

Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren

vom

Table des matières

1 Allgemeiner Teil	5
1.1 Ausgangslage	5
1.2 Die vorgeschlagenen Änderungen	7
1.2.1 Neue Vortaten zur Geldwäscherei	7
1.2.1.1 Bandenmässiger Schmuggel (Art. 14 Abs. 4 VE VStrR)	8
1.2.1.2 Anpassung der Begünstigung (Art. 17 Ziff. 1 VE VStrR)	8
1.2.1.3 Insiderhandel und Kursmanipulation (Art. 161 VE StGB und Art. 161 ^{bis} VE StGB)	9
1.2.2 Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 3 Abs. 3 VE IRSG)	10
1.2.3 Berufe ausserhalb des Finanzsektors und Sorgfaltspflichten	10
1.2.4 Weitere Anpassungen des GwG	12
1.2.5 Transparenz von Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien und Aktienumwandlung	13
1.3 Behandlung der Empfehlungen der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates	14
1.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	15
1.5 Ergebnisse des Vorverfahrens	15
1.5.1 Vorarbeiten	15
2 Bestimmungen im Einzelnen	16
2.1 Ausweitung auf Terrorismusfinanzierung	16
2.1.1 Anpassung des Zweckartikels im Geldwäschereigesetz (Art. 1 VE GwG) – erweiterter Geltungsbereich des Gesetzes	16
2.1.2 Erweiterung von Gesetzesbestimmungen auf die Terrorismusfinanzierung (Art. 6, 8, 9, 21, 23, 27, 29, 32 VE GwG)	17
2.2 Neue Vortaten zur Geldwäscherei	18
2.2.1 Bandenmässiger Schmuggel (Art. 14 Abs. 4 VE VStrR)	18
2.2.2 Insiderhandel und Kursmanipulation (Art. 161 VE StGB und Art. 161 ^{bis} VE StGB)	20
2.2.2.1 Neue Definition der insiderrelevanten Sachverhalte durch Streichung der Ziffer 3 von Art. 161 StGB	20
2.2.2.2 Insiderhandel: Qualifizierung des Tatbestandes des Primärinsiders als Verbrechen; Erhöhung des Strafrahmens für den Tippnehmer (Art. 161 Ziff. 1 und 2 VE StGB)	21
2.2.2.3 Kursmanipulation Art. 161 ^{bis} VE StGB	22
2.2.3 Warenfälschung (Art. 155 Ziff. 2 VE StGB) und Produktpiraterie (Art. 67 Abs. 2 VE URG)	23
2.2.3.1 Warenfälschung (Art. 155 Ziff. 2 VE StGB)	23
2.2.3.2 Produktpiraterie (Art. 67 Abs. 2 VE URG)	24
2.2.4 Menschenschmuggel (Art. 111 Entwurf des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer): Anpassung im Rahmen der Revision des ANAG	24
2.3 Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 3 Abs. 3 VE IRSG)	25

2.4	Änderungen der Unterstellung im Bereich der Finanzintermediation (Art. 2 Abs. 3 VE GwG)	25
2.4.1	Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr (Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG)	26
2.4.2	Geldwechsel - Geldtransfer – Geldtransport (Art. 2 Abs. 3 Bst. c VE GwG)	27
2.4.3	Bankedelmetalle (Art. 2 Abs. 3 Bst. d VE GwG)	28
2.4.4	Rohwarenhandel (Art. 2 Abs. 3 Bst. e VE GwG)	29
2.4.5	Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. f VE GwG)	29
2.4.6	Gesellschaftsverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. i VE GwG)	30
2.4.7	Gesellschaftsgründungen (Art. 2 Abs. 3 Bst. j VE GwG)	31
2.5	Neues Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)	32
2.5.1	Voraussetzungen für die Unterstellung unter das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)	33
2.5.2	Anwendbare Pflichten (Art. 2a VE GwG)	34
2.5.3	Sanktion bei Verletzung der Sorgfaltspflichten (Art. 36 ^{bis} VE GwG)	35
2.5.4	Unterstellte Handelstätigkeiten	35
2.5.4.1	Kunsthandel (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)	35
2.5.4.2	Handel mit Rohedelsteinen sowie verarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)	37
2.5.4.3	Immobilienhandel (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)	39
2.6	Doppelfunktion der Kontrollstelle	40
2.7	Weitere Anpassungen des GwG	42
2.7.1	Übersicht	42
2.7.2	Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 VE GwG)	42
2.7.3	Vermögenswerte von geringem Wert (Art. 7a VE GwG)	43
2.7.4	Meldepflicht (Art. 9 Abs. 1 VE GwG)	43
2.7.5	Vermögenssperre (Art. 10 VE GwG)	44
2.7.6	Informationsverbot (Art. 10a VE GwG)	45
2.7.7	Straf- und Haftungsausschluss (Art. 11 Abs. 1 und 2 VE GwG)	46
2.7.8	Aufgaben der Kontrollstelle (Art. 18 Bst. g und h VE GwG)	46
2.7.9	Öffentliches Verzeichnis (Art. 18a VE GwG)	47
2.7.10	Auskunftsrecht (Art. 19 Abs. 2 VE GwG)	48
2.7.11	Massnahmen (Art. 20 Abs. 2 VE GwG)	49
2.7.12	Formale Anpassung (Art. 24 Abs. 2 VE GwG)	49
2.7.13	Informationsaustausch und Anzeigepflicht (Art. 27 VE GwG)	49
2.7.14	Massnahmen gegenüber Selbstregulierungsorganisationen (Art. 28 VE GwG)	51
2.7.15	Informationsaustausch unter Behörden (Art. 29 Marginalie VE GwG)	51
2.7.16	Strafbehörden (Art. 29a VE GwG)	52
2.7.17	Informationsaustausch der Meldestelle (Art. 29b VE GwG)	54

2.7.18	Amtshilfe der Kontrollstelle (Art. 31 Abs. 2 Bst. c VE GwG)	54
2.7.19	Datensammlung im Zusammenhang mit der Meldepflicht (Art. 34 Abs. 1 und 4 VE GwG)	55
2.7.20	Online-Zugriffe auf das Datenbearbeitungssystem GEWA (Art. 35 Abs. 2-4 VE GwG)	55
2.7.21	Zugang zu Informationssystemen (Art. 35a VE GwG)	56
2.7.22	Verletzung der Sorgfaltspflichten im Handel (Art. 36a VE GwG)	57
2.8	Transparenz der Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien und Aktienumwandlung	57
2.8.1	Meldepflicht für die die Gesellschaft beherrschenden Aktionäre (702a Abs. 1 und 2 VE OR)	58
2.8.2	Ausweispflicht (702a Abs. 2 VE OR)	59
2.8.3	Aufbewahrungspflicht (Art. 702a Abs. 3 VE OR)	60
2.8.4	Verletzung der Melde- und Aufbewahrungspflicht (Art. 327 VE StGB)	60
2.8.5	Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien (Art. 704a VE OR)	61
2.9	Übergangsbestimmungen	61
3	Auswirkungen	62
3.1	Bedeutung für die Schweiz	62
3.2	Finanzielle und personelle Auswirkungen	63
3.3	Auswirkungen auf die Informatik	63
3.4	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	63
4	Legislaturplanung	64
5	Rechtliche Aspekte	64
5.1	Verfassungsmässigkeit	64
5.2	Verhältnis zum ausländischen Recht	64
	Titre du texte de loi (Projet)	99

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

1.1 Ausgangslage

Die Schweiz misst einem gesunden Finanzplatz eine grosse Bedeutung bei. Sie setzt sich insbesondere dafür ein, dass der Finanzplatz nicht zu kriminellen Zwecken, namentlich der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung missbraucht wird. Zu diesem Zweck nimmt sie seit deren Gründung aktiv an der Tätigkeit der Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (GAFI) teil. Das GAFI hat insbesondere den Zweck, international geltende Standards zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung auszuarbeiten. Es wurde 1989 gegründet und setzt sich zurzeit aus 33 Mitgliedsländern und Staaten sowie zwei regionalen Organisationen zusammen. Das GAFI arbeitete 40 Empfehlungen zur Verhinderung der Geldwäscherei aus sowie im Nachgang zu den Terroranschlägen vom 11. September 2001 acht Spezialempfehlungen, welche im Oktober 2001 verabschiedet worden sind. Eine neunte Sonderempfehlung über den grenzüberschreitenden Bargeldtransport wurde im Oktober 2004 angenommen. Sie wird im vorliegenden Entwurf nicht behandelt. Die 40 Geldwäscherei-Empfehlungen legen die Rahmenbedingungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei fest. Sie sind 2003 total revidiert worden. Im Zuge der internationalen Bestrebungen, nicht nur die Geldwäscherei, sondern neu auch die Terrorismusfinanzierung zu bekämpfen, wurden die GAFI-Standards im Rahmen dieser Revision auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausgeweitet. Zudem stellte sich im Laufe der Zeit heraus, dass die Geldwäscherei sich vom traditionellen Finanzsektor auf andere Bereiche verlagert. Betroffen sind insbesondere der Handel mit kostspieligen und leicht handelbaren Waren. Entsprechend wurden die GAFI-Empfehlungen anlässlich ihrer Revision auf Bereiche ausserhalb des Finanzsektors ausgeweitet. Die 40 revidierten Empfehlungen stellen den neuen internationalen Standard zur Bekämpfung der Geldwäscherei und neu auch zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung dar. Sie beschränken sich nicht mehr ausschliesslich auf den klassischen Finanzsektor, sondern betreffen auch ausgewählte, für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung anfällige Bereiche ausserhalb dieses Sektors.

Die Schweiz hiess die 40 revidierten Empfehlungen an der Plenarsitzung des GAFI vom 18.–20. Juni 2003 gut. Die heutige Schweizer Gesetzgebung stimmt mit diesen neuen Standards bereits weitgehend überein. Gewisse Anpassungen sind jedoch notwendig, damit die Schweiz mit den revidierten Empfehlungen kompatibel ist. Es liegt im Interesse des Wirtschaftsplatzes Schweiz mit den internationalen Standards im Einklang zu stehen. Aus diesem Grund hat die Schweiz diese Standards angenommen und nimmt die notwendigen gesetzlichen Anpassungen im Rahmen dieser Revision vor.

Die neuen Empfehlungen weichen in einigen Punkten von der heutigen Schweizer Gesetzgebung und Politik zur Bekämpfung der Geldwäscherei ab. In den neuen Empfehlungen wird die Liste der Verbrechen, welche Vortaten der Geldwäscherei sein können, ausgeweitet. Das bedingt Anpassungen des Strafgesetzbuches (StGB), des Urheberrechtsgesetzes, des Ausländergesetzes, des

Verwaltungsstrafrechtsgesetzes und des Rechtshilfegesetzes. Die Unterstellung mehrerer Berufe und Tätigkeiten ausserhalb des Finanzsektors und die Ausweitung der Meldepflicht auf bestimmte Situationen, in denen die Verhandlungen vor der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung abgebrochen werden, setzen eine Änderung des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG) voraus. Aufgrund der weltweiten Zunahme der Terrorismusfinanzierung in den vergangenen Jahren hat das GAFI zusätzlich zu den neun Spezialempfehlungen zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung die ursprünglich zur Bekämpfung der Geldwäscherei geschaffenen 40 GAFI-Empfehlungen auch auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausgedehnt. Dieser Entwicklung wird mit dieser Vorlage Rechnung getragen. Die Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen bedingen somit einige Änderungen des Geldwäschereigesetzes (Kapitel 2.4 und 2.5).

Zusätzlich zu den Gesetzesänderungen, welche auf den revidierten GAFI-Empfehlungen gründen, werden den Eidgenössischen Räten mit dieser Vorlage weitere Anpassungen des schweizerischen Dispositivs zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung unterbreitet. Die Revision wird daher zum Anlass genommen, das Geldwäschereigesetz an die gemachten Erfahrungen seit des Inkrafttretens des Gesetzes im Jahre 1998 anzupassen (Kapitel 2.7). Das Gesetz hat sich als effizient erwiesen und trägt zu einem effizienten System der Bekämpfung der Geldwäscherei in der Schweiz bei. Das Geldwäschereigesetz ist als Rahmengesetz konzipiert worden. Daher mussten verschiedene Bestimmungen des Gesetzes ausgelegt und präzisiert werden. Zudem hat sich insbesondere in Bezug auf den Geltungsbereich und in Unterstellungsfragen eine Praxis der Verwaltung herausgebildet. Im Rahmen der vorliegenden Revision soll zur Förderung der Rechtssicherheit die Auslegung zu einzelnen Bestimmungen und die Praxis der Verwaltung in das Gesetz überführt werden. Gewisse Anpassungen des Gesetzes werden auf Wunsch der Selbstregulierungsorganisationen und der Wirtschaft gemacht.

Die Schweiz verfügt über ein solides und umfassendes Dispositiv zur Bekämpfung der Geldwäscherei. Die Schweizer Gesetzgebung entspricht bereits heute weitgehend den internationalen Standards. Dazu kommt, dass die Integrität für den schweizerischen Finanzplatz von grösster Bedeutung ist. Zudem bleibt auch die Schweiz so wenig wie andere Länder von der Ausbreitung der Kriminalität verschont. Es ist deshalb notwendig, das System zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung kontinuierlich anzupassen. Dabei geht es um die Sorge für den Finanzplatz Schweiz: Mit der weltweiten Zunahme des Terrorismus ist auch das Risiko gestiegen, dass der Finanzplatz Schweiz für die Terrorismusfinanzierung missbraucht wird. In der Tat benutzt die Terrorismusfinanzierung zu einem grossen Teil dieselben Kanäle wie die Geldwäscherei. Aus diesen Gründen wird die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausdrücklich in das Geldwäschereigesetz integriert.

Die Vorlage enthält zudem Antworten auf die Empfehlungen im Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) vom 21. November 2003, welcher dem Vorstehder des EFD übermittelt worden ist. Mit dieser Vorlage soll ferner die Motion Jossen (02.3246) beschrieben werden, in welcher der Bundesrat eingeladen wird, die Definition in Artikel 161 des Strafgesetzbuches (Insiderdelikt) dahingehend auszuweiten, dass die Warnung vor einem Gewinneinbruch einzubeziehen sei (Gewinnwarnungen). Schliesslich führt die Umsetzung der neuen Empfehlungen zu einer Anpassung des Aktienrechts

bezüglich der Transparenz bei den Aktionären, die eine Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien beherrschen, sowie bezüglich der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien (Kapitel 2.8).

1.2 Die vorgeschlagenen Änderungen

1.2.1 Neue Vortaten zur Geldwäscherei

In den revidierten 40 GAFI-Empfehlungen ist die Liste der möglichen Vortaten der Geldwäscherei erweitert worden: Zur bestehenden Liste kommen neu hinzu: Menschenschmuggel, Warenfälschung und Produktpiraterie, schwere Schmuggeldelikte, Insiderdelikte und Kursmanipulation¹.

Gemäss schweizerischem Recht sind alle Verbrechen mögliche Vortaten zur Geldwäscherei (siehe Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB). Dieser Ansatz hat sich bewährt und soll daher weiter beibehalten werden. Es sollen somit weiterhin im Strafgesetzbuch generell als Verbrechen qualifizierte Delikte Vortaten der Geldwäscherei sein. Die Strafbestimmung von Art. 305^{bis} StGB braucht nicht geändert zu werden und soll auch keinen Katalog von Delikten enthalten, welche mögliche Vortaten der Geldwäscherei sein können. Der Ansatz des Schweizer Rechts, wonach Verbrechen Vortaten der Geldwäscherei sind, entspricht auch den GAFI-Empfehlungen, welche verlangen, dass schwere Delikte Vortaten der Geldwäscherei sein sollen. Gemäss den GAFI-Empfehlungen ist es den einzelnen Staaten überlassen, wie die Vortaten der Geldwäscherei definiert werden. In der Tat wird es gemäss GAFI-Glossary zum Deliktskatalog den Staaten freigestellt, zusätzliche Tatbestandselemente wie etwa Qualifikationsmerkmale vorzusehen, damit eine schwere Straftat vorliegt, die eine Vortat der Geldwäscherei sein kann.

Zur diesbezüglichen Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen genügt es, punktuelle Änderungen in den Strafdrohungen einzelner Tatbestände im Strafgesetzbuch sowie je eine Änderung im Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht² (Verwaltungsstrafrecht; VStrR) sowie in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, das heisst im Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen³ (Rechtshilfegesetz, IRSG) vorzunehmen.

Verbrechen sind nach geltendem Recht mit Zuchthaus bedrohte Handlungen (Art. 9 Abs. 1 StGB). Nach Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches⁴ (nAT-StGB) – voraussichtlich ab 1. Januar 2006 - werden die Verbrechen jedoch neu definiert. Inskünftig wird auf die Unterscheidung zwischen Zuchthaus und Gefängnis verzichtet. Verbrechen werden neu Taten sein, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 nStGB). Der nAT-StGB führt zudem bei Verbrechen und Vergehen auch neu die Geldstrafe ein,

¹ Empfehlung 1 und Vortatenliste in der Definition des Begriffs «Designated categories of offences» im «Glossary» im Anhang und somit Bestandteil der 40 Empfehlungen (die englischen Originalausdrücke lauten: trafficking in human beings and migrant smuggling, counterfeiting and piracy of products, smuggling, insider trading and market manipulation).

² SR 313.0

³ SR 351.1.

⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch, Änderung vom 13. Dezember 2002, BBl 2002, 8240 ff.

welche insbesondere die kurzen Freiheitsstrafen ersetzen soll (siehe hierzu Art. 10 Abs. 3 und Art. 34 ff., 40 nStGB). In der praktischen Umsetzung bedeutet dies, dass eine Straftat künftig mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe⁵ oder Geldstrafe bedroht sein muss, um die Verbrechenqualifikation im Sinne von Art. 10 Abs. 2 nStGB zu erfüllen.

1.2.1.1 Bandenmässiger Schmuggel (Art. 14 Abs. 4 VE VStrR)

Die revidierten GAFI-Empfehlungen zählen neu Schmuggeldelikte im Zollbereich zu den Vortaten der Geldwäscherei⁶. In der Schweiz existiert kein Verbrechenstatbestand für Schmuggeldelikte. Diese stellen somit keine Vortat der Geldwäscherei dar. Durch eine Änderung von Art. 14 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)⁷ werden Schmuggeldelikte im Zollbereich als Verbrechen ausgestaltet und können somit neu Vortaten der Geldwäscherei sein.

Die Empfehlungen des GAFI enthalten keine Definition des Schmuggels, sondern überlassen die Ausgestaltung des Tatbestandes den einzelnen Ländern. Das Zollrecht sieht nebst den Ordnungswidrigkeiten⁸ vier Arten von Zollwiderhandlungen vor, nämlich die Zollübertretung, den Bannbruch, die Zollhehlerei und die Zollpfandunterschlagung. Die erwähnten Widerhandlungen werden mit Busse, bei erschwerenden Umständen mit Freiheitsstrafe geahndet⁹. Die derzeit gravierendste Widerhandlung in diesem Bereich ist in Art. 14 VStrR geregelt (Leistungs- und Abgabebetrug). Die dort vorgesehene Höchststrafe von drei Jahren Gefängnis macht dieses Delikt indessen nicht zu einer Vortat der Geldwäscherei. Mit der vorliegenden Änderung soll ein neuer Verbrechenstatbestand geschaffen werden für den bandenmässigen Schmuggel im Zollbereich.

Diese Bestimmung entspricht den Begehren der parlamentarischen Initiative Pedrina (00.447): «Vorschlag zu gesetzlichen Änderungen zur wirksameren Bekämpfung des Schmuggels und des organisierten Wirtschaftsverbrechens».

1.2.1.2 Anpassung der Begünstigung (Art. 17 Ziff. 1 VE VStrR)

Nach geltendem Recht wird die Begünstigung im Verwaltungsstrafrecht nach der Strafordrohung bestraft, die auf den Täter anwendbar ist (Art. 17 Ziff. 1 VStrR). Demgegenüber wird die Begünstigung nach Art. 305 Abs. 1 StGB generell mit Gefängnis (d.h. mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren; vgl. Art. 36 StGB) bedroht.

⁵ Art. 10 Abs. 2 nStGB verlangt zwar lediglich eine Strafordrohung von mehr als drei Jahren. Eine Strafordrohung, welche zwischen drei und fünf Jahren liegen würde, existiert hingegen weder im geltenden noch im neuen Strafbuch (zu den jeweiligen konkreten Strafordrohungen nach neuem Recht siehe BB1 2002, 8283 ff.).

⁶ «Smuggling», cf. Empfehlung 1 und Vortatenliste in der Definition des Begriffs «Designated categories of offences» im «Glossary» im Anhang.

⁷ SR 313.0

⁸ Art. 104 Zollgesetz (ZG; SR 631.0).

⁹ Art. 75 Abs. 1 und 2, 77 Abs. 2 und 3, 78 Abs. 2 und 79 Abs. 1 ZG.

Liesse man den Gesetzestext von Art. 17 Ziff. 1 VStrR unverändert, unterstünde also der Begünstigte eines Täters nach Art. 14 Abs. 4 VE VStrR neu einer höheren Strafdrohung als der Begünstigte etwa eines Mörders. Dies soll verhindert werden. Daher wird in Art. 17 Ziff. 1 VE VStrR neu nicht mehr prinzipiell die Strafdrohung des Täters für den Begünstigten anwendbar sein, sondern es gilt neu die Strafdrohung Gefängnis oder Busse. Um sicherzustellen, dass der Begünstigte auch künftig noch von einem allenfalls tieferen Strafraum des Täters profitieren kann, wird der Wortlaut eingefügt, wonach die auf den Täter anwendbare Strafdrohung nicht überschritten werden darf.

1.2.1.3 Insiderhandel und Kursmanipulation (Art. 161 VE StGB und Art. 161^{bis} VE StGB)

In den revidierten GAFI-Empfehlungen wurden neu gewisse Börsendelikte in den Katalog der Vortaten zur Geldwäscherei aufgenommen. Der Katalog der Vortaten mit schweren Delikten, welche nach den GAFI-Empfehlungen Vortaten der Geldwäscherei sein sollen, wurde mit den schweren Delikten des Insiderhandels und der Kursmanipulation ergänzt¹⁰.

Die beiden entsprechenden schweizerischen Strafnormen von Art. 161 StGB (Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen) und von Art. 161^{bis} StGB (Kursmanipulation) werden im Rahmen der vorliegenden Revision neu in qualifizierten Fällen als Verbrechen und somit zu Vortaten der Geldwäscherei ausgestaltet. Damit werden der qualifizierte Insiderhandel und die qualifizierte Kursmanipulation zugleich zu meldepflichtigen Sachverhalten bei Verdacht auf Geldwäscherei gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG.

Im Rahmen der Revision der Insiderstrafnorm soll zugleich die Motion Jossen „Insider-Strafnorm“ vom 12. Juni 2002 umgesetzt werden. Diese Motion wurde vom Nationalrat am 4. Oktober 2002 und vom Ständerat am 2. Oktober 2003 überwiesen. Mit dem Vorstoss wird der Bundesrat beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel 161 StGB vorzuschlagen, wonach unter die Insiderstrafnorm auch Wertschriftenverkäufe fallen, die im Vorfeld einer Warnung vor einem Gewinneinbruch getätigt werden, um einen zu erwartenden Kursverlust abzufedern. In der Begründung der Motion wird auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.567/2001 vom 15. April 2002 verwiesen. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil betreffend internationale Amtshilfe seine Rechtsprechung bestätigt, wonach Gewinn- und Verlustankündigungen von der Definition der vertraulichen Tatsache in Artikel 161 Ziffer 3 StGB nicht mit erfasst seien. Die Motion Jossen zielt nun auf eine Ausweitung der insiderrelevanten Sachverhalte in Art. 161 StGB auf so genannte Gewinnwarnungen.

Diese Vorlage geht weiter als die Motion Jossen es verlangt. Art. 161 Ziff. 3 StGB wird nicht nur auf Sachverhalte von Gewinnwarnungen erweitert; vielmehr wird die einschränkende gesetzliche Konkretisierung der insiderrelevanten Sachverhalte in Ziff. 3 von Art. 161 StGB gesamthaft gestrichen. Mit diesem Vorschlag wird einem vordringlichen Anliegen sowohl der zuständigen Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden als auch des Bankensektors entsprochen. Im Bereich der

¹⁰ «Insider trading and market manipulation», cf. Empfehlung 1 und Vortatenliste in der Definition des Begriffs «Designated categories of offences» im «Glossary» im Anhang.

Börsendelikte und der Bekämpfung von Marktmissbräuchen stellen sich noch weitere Fragen, insbesondere diejenige nach einer weiteren Angleichung des schweizerischen an das ausländische Recht sowie die Frage nach einer zentralen Zuständigkeit zur Verfolgung dieser Delikte. Die vorgeschlagenen Änderungen der beiden Strafbestimmungen Art. 161 und 161^{bis} StGB halten den Handlungsspielraum zu einer späteren fundierten Prüfung dieser Fragen offen.

1.2.2 Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 3 Abs. 3 VE IRSG)

Die revidierten GAFI-Empfehlungen fordern, dass unter anderem für Schmuggel und für Geldwäscherei von Erlös aus Schmuggel Rechtshilfe geleistet werden soll¹¹. Zudem soll die Auslieferung auch möglich sein für Geldwäscherei von Erlös aus Schmuggel. Falls die Auslieferung nicht möglich ist, soll das Land nach den revidierten GAFI-Empfehlungen die Möglichkeit der stellvertretenden Strafverfolgung vorsehen¹². Um diesen Erfordernissen nachzukommen wird Art. 3 Abs. 3 des IRSG geändert.

1.2.3 Berufe ausserhalb des Finanzsektors und Sorgfaltspflichten

Die Empfehlungen 12 und 16 des GAFI weiten für die nachstehend aufgezählten Tätigkeiten die Sorgfaltspflichten beziehungsweise die Meldepflicht bei verdächtigen Transaktionen auf folgende Tätigkeiten und Berufe ausserhalb des Finanzsektors aus:

- Immobilienhändler, wenn sie für ihre Kunden Transaktionen für den Kauf oder Verkauf von Immobilien tätigen.
- Edelmetall- und Edelsteinhändler, die Barzahlungen von mehr als USD/EUR 15 000 annehmen. Aufgrund der Beratungen im GAFI ist davon auszugehen, dass sowohl die Engros- wie die Detailhändler einschliesslich der Schmuckhändler (Bijoutiers) unterstellt werden sollen.
- Buchhalter, die für ihre Kunden in bestimmten Bereichen Transaktionen vorbereiten oder tätigen, namentlich beim Kauf und Verkauf von Immobilien, bei der Vermögensverwaltung in verschiedenen Formen, bei der Errichtung und der Führung von Unternehmen sowie beim Kauf und Verkauf von Unternehmen.
- Rechtsanwälte, Notare und andere Juristen – für dieselben Tätigkeiten wie bei den Buchhaltern.
- Erbringer von Dienstleistungen für Gesellschaften und Trusts, die für ihre Kunden Transaktionen im Zusammenhang mit ihren typischen Aktivitäten vorbereiten oder tätigen, zu denen insbesondere die Errichtung von Unternehmen, die Tätigkeit als Verwalter oder Direktor einer

¹¹ Vgl. Empfehlung 38 in Verbindung mit der Vortatenliste in der Definition des Begriffs "Designated categories of offences" im "Glossary" im Anhang.

¹² Vgl. Empfehlung 39.

Kapitalgesellschaft oder eines Trusts sowie das Zurverfügungstellen einer Korrespondenzadresse gehören.

Soweit diese Tätigkeiten zur klassischen Finanzintermediation gehören, sind sie in der Schweiz bereits dem Geldwäschereigesetz (Art. 2 Abs. 3 GwG) unterstellt.

Die revidierten GAFI-Empfehlungen qualifizieren neu verschiedene Tätigkeiten ausserhalb des traditionellen Finanzsektors als geldwäschereifährdet und verlangen die Unterstellung unter ein Geldwäschereiregime. Es handelt sich dabei um Tätigkeiten in den Branchen des Handels mit Waren wie mit Edelmetallen und Edelsteinen sowie im Immobilienbereich. Im Sinne eines risikobasierten Ansatzes verlangen die revidierten GAFI-Empfehlungen ein Abwehrdispositiv gegen Geldwäscherei im Bereich dieser Handelstätigkeiten. Die Umsetzung dieser Empfehlungen des GAFI wurde geprüft und wird im Rahmen dieser Vorlage an die Hand genommen.

Eigentliche Handelstätigkeiten können und sollen nicht mit Tätigkeiten im Finanzsektor gleichgesetzt werden. Eine Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz nach Art. 2 Abs. 3 GwG wird nicht vorgenommen. Art. 2 Abs. 3 GwG wurde für die Unterstellung von Tätigkeiten im Finanzsektor, also für die klassische Finanzintermediation konzipiert. Die Gleichschaltung von geldwäschereifährdeten Tätigkeiten im Handelsbereich mit der eigentlichen Finanzintermediation ist sachlich nicht gerechtfertigt. Zudem wäre der damit verbundene administrative und finanzielle Mehraufwand für die betroffenen Branchen unverhältnismässig. Aus diesem Grund werden Tätigkeiten ausserhalb des Finanzsektors, welche gemäss den GAFI-Empfehlungen einen geldwäschereifährdeten Handelssektor betreffen und einem Geldwäschereiregime zu unterstellen sind, neu in der Schweiz in das Geldwäschereigesetz aufgenommen, und gesondert geregelt. Diesem neuen Regime unterstellt sind Personen, die gewerbmässig mit Rohedelsteinen, mit verarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen handeln oder im Immobilienhandel tätig sind und dabei Bargeld in erheblichem Wert entgegennehmen. Für die Handelstätigkeit in diesen Branchen, welche keine Finanzintermediation darstellt, wurde ein spezielles Regime für Handelstätigkeiten ausgearbeitet. Es wird in Art. 2 Abs. 1 Bst. b in das Geldwäschereigesetz aufgenommen. Das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten sieht vor, dass Personen und Gesellschaften, welche Handelstätigkeiten in diesen Bereichen ausüben, bestimmte Sorgfaltspflichten einzuhalten haben, deren Verletzung durch eine Strafbestimmung sanktioniert wird (Art. 36a GwG).

Zudem wird als Antwort auf eine Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vorgeschlagen, den Kunsthandel (Handel mit bildender Kunst) den Sorgfaltspflichten des Geldwäschereigesetzes zu unterstellen. Der Grund dafür liegt im möglichen Geldwäschereirisiko dieses Sektor, obwohl der Kunsthandel nicht ausdrücklich in den Empfehlungen des GAFI aufgeführt ist.

Die Umsetzung dieser neuen Empfehlungen ins Landesrecht setzt insbesondere eine Ausweitung des Geltungsbereichs des GwG auf gewisse Teile des nicht-finanziellen Sektors voraus, der dem Gesetz bisher nicht unterstellt war.

1.2.4

Weitere Anpassungen des GwG

Die Notwendigkeit von einigen weiteren Anpassungen im GwG zeigte sich während der ersten Jahre seiner Anwendung. Das Gesetz ist seit 1998 in Kraft und hat sich bewährt. Als Rahmengesetz konzipiert mussten verschiedene Bestimmungen ausgelegt und präzisiert werden. Auch besteht mittlerweile eine reichhaltige Praxis der Verwaltung insbesondere zum Anwendungsbereich des Gesetzes und zu Unterstellungsfragen. Die Änderung einzelner Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes im Rahmen der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen werden daher zum Anlass genommen, diesbezügliche zusätzliche Anpassungen zur Klarstellung einzelner Bestimmungen und zur Förderung der Rechtssicherheit vorzunehmen. Ebenso fliessen verschiedene Vorschläge und Wünsche der Selbstregulierungsorganisationen und der Wirtschaft in die Revision ein.

Aufgrund der mit dem Geldwäschereigesetz gemachten Erfahrungen werden zu folgenden Punkten Anpassungen gemacht: Der Anwendungsbereich des Geldwäschereigesetzes wird auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausgeweitet. Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sind unterschiedliche Formen der Finanzkriminalität; zu ihrer Bekämpfung steht ein Set von Sorgfaltspflichten im Geldwäschereigesetz zur Verfügung. Dem wird durch eine Anpassung des Zweckartikels (Art. 1 GwG) Rechnung getragen. Die Ausdehnung des Zwecks auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung wird damit auch transparent gemacht. Verschiedene Gesetzesbestimmungen im Geldwäschereigesetz werden durch den Zusatz «oder der Terrorismusfinanzierung dienen (Art. 260^{quinquies} StGB)» ergänzt. Damit wird dem in den revidierten GAFI-Empfehlungen erweiterten Zweck der Empfehlungen, nämlich nicht nur die Bekämpfung der Geldwäscherei, sondern auch die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung, Rechnung getragen.

Weitere Anpassungen im Geldwäschereigesetz betreffen die Übernahme bestehender Praxis der Kontrollstelle zu Unterstellungsfragen (Art. 2 Abs. 3 VE GwG); Aufnahme des in der Praxis seit langem geltenden Grundsatzes der nach den Umständen gebotenen Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (Art. 4 VE GwG); Klarstellungen bei der Meldepflicht und dem Informationsverbot (Art. 9 und 10 VE GwG); bessere Absicherung im Datenschutzbereich (Art. 18bis VE GwG); Verbesserung des Auskunftsrechts der Kontrollstelle gegenüber Selbstregulierungsorganisationen und gegenüber ihr direkt unterstellten Finanzintermediären (Art. 19 VE GwG); Ergänzung bestehender Massnahmen der Kontrollstelle (Art. 20 VE GwG); formale Anpassung an den neuen juristischen Status der Post (Art. 24 VE GwG); Verbesserung des Informationsaustausches und der Anzeigepflicht der Selbstregulierungsorganisationen an die Kontrollstelle und die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden (Art. 27 VE GwG); Verbesserung der Massnahmen der Kontrollstelle gegenüber Selbstregulierungsorganisationen (Art. 28 VE GwG); Verbesserung des Informationsaustausches unter Behörden (Art. 29, 29a und b VE GwG); rein organisatorische Anpassung der Bestimmung über die Amtshilfe der Kontrollstelle (Art. 31 Abs. 2 lit. c VE GwG) und die Ermöglichung des Zugangs der Meldestelle für Geldwäscherei zu eidgenössischen Datenbanken (Art. 35a VE GwG).

Diese Änderungen sind gezielte Anpassungen zum verbesserten Funktionieren des bestehenden Regelwerks. Es handelt sich nicht um eine grundlegende Neugestaltung

des bisherigen Systems. Mit den vorliegenden Änderungen sollen erstens die Konformität mit den revidierten GAFI-Empfehlungen sichergestellt werden, zweitens soll die bestehende Praxis der Kontrollstelle für Geldwäscherei seit Einführung des Geldwäschereigesetzes in das Gesetz überführt werden, und drittens wird das Gesetz aufgrund der gemachten Erfahrungen in Einzelbereichen angepasst.

1.2.5 **Transparenz von Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien und Aktienumwandlung**

In den letzten Jahren bemühten sich die OECD und das GAFI intensiv darum den missbräuchlichen Gebrauch juristischer Personen wie zum Beispiel des angelsächsischen Trusts und der Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien zu bekämpfen. Die Schlussfolgerungen dieser Arbeiten wurden 2001 im «Bericht über den missbräuchlichen Gebrauch juristischer Personen für illegale Zwecke» der OECD und in der Empfehlung 33 des GAFI konkretisiert. Sowohl die OECD als auch das GAFI kamen zum Schluss, dass es zur Vorbeugung und wirksamen Bekämpfung der missbräuchlichen Verwendung juristischer Personen für illegale Zwecke unerlässlich ist, dass alle Rechtssysteme ein Dispositiv errichten, das ihren Behörden erlaubt, *innert nützlicher Frist Informationen darüber zu erhalten, wer die tatsächlichen Nutzniesser sind und wer die Kontrolle* über die juristischen Personen auf ihrem Territorium ausübt. Im vorerwähnten OECD-Bericht versteht man unter *tatsächlichem Nutzniesser* diejenige natürliche Person, welche der eigentliche Eigentümer ist; im Falle der Aktiengesellschaften sind dies die Aktionäre.

Inhaberaktien sind ein wichtiges und rechtmässiges Instrument unserer Wirtschaft. Sie finden bei den Schweizer Aktiengesellschaften eine breite Verwendung, namentlich bei den kleinen und mittleren Unternehmen. Gemäss einer im Jahr 2000 im Auftrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements durchgeführten Umfrage, die vom Eidgenössischen Finanzdepartement 2004 erneuert wurde, haben von den derzeit rund 174 000 Aktiengesellschaften in unserem Land knapp 30 000 Inhaberaktien ausgegeben (ausschliesslich oder neben Namenaktien). Die überwiegende Mehrheit davon sind kleine und mittlere Unternehmen.

Die geltende Gesetzgebung schreibt den Eintrag der Namen der Mitglieder des Verwaltungsrates sowie der zur Vertretung befugten Personen ins Handelsregister vor, unter Angabe von Wohnsitz und Staatsangehörigkeit (Art. 641 Ziff. 9 OR). Sie gewährleistet damit heute schon eine gewisse Transparenz. Sie sieht jedoch keine eigentliche Identifikations- oder Meldepflicht für Personen vor, welche die Gesellschaft beherrschen, indem sie die Stimmrechte ausüben, die ihnen durch ihre Inhaberaktien verliehen werden. Obwohl die Verwaltungsräte de facto wissen, für welche Aktionäre oder Aktionärsgruppe sie die Gesellschaft führen, empfiehlt sich im Hinblick auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung eine weiterreichende und systematischere Transparenz über die Beherrschung der Gesellschaften einzuführen. Die Informationen über die Inhaberaktionäre, welche die Gesellschaften beherrschen, spielen nämlich bei jeder Etappe der Bekämpfung der Geldwäscherei eine wichtige Rolle: Damit die Alarmsysteme wirksam funktionieren, müssen die Finanzintermediäre wissen, wer hinter einer juristischen Person steht, mit der sie eine Geschäftsbeziehung aufnehmen wollen. Diese Informationen sind auch für die Erfüllung von Regulierungs- und Aufsichtsaufgaben notwendig. Und schliesslich sind diese

Die Kommission forderte das Departement zudem auf, im Rahmen der Revision des Geldwäschereigesetzes die Unterstellung der Rohwarenhändler, des Kunsthandels und allfälliger weiterer Risikobranchen zu prüfen. Dazu wird auf die Kapitel 2.4 und 2.5 der Vorlage verwiesen.

Die GPK-N regte auch die Verbesserung des Sanktioneninstrumentariums der Kontrollstelle an, wozu auf die Kapitel 2.7.11 und 2.7.14 hingewiesen wird.

1.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Im Rahmen der vorliegenden Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen wird der Motion Jossen entsprochen. Mit dem Vorstoss wird der Bundesrat beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel 161 StGB vorzuschlagen, wonach unter die Insiderstrafnorm auch Wertschriftenverkäufe fallen, die im Vorfeld einer Warnung vor einem Gewinneinbruch getätigt werden, um einen zu erwartenden Kursverlust abzufedern. Durch die vorgeschlagene Abschaffung von Ziff. 3 des Art. 161 StGB wird die Motion vollständig umgesetzt und der Bundesrat beantragt die Abschreibung der Motion. Die Ausführungen dazu finden sich im Kapitel 2.2.2.1.

Ebenso wird im Rahmen dieser Vorlage die Motion Widmer umgesetzt und kann abgeschrieben werden. Gemäss dieser Motion wurde der Bundesrat eingeladen, den eidgenössischen Räten über Möglichkeiten und Ausmass der Geldwäscherei unter Ausnützung des Kunsthandels und des Schmuckhandels Bericht zu erstatten und Massnahmen zu prüfen, wie der Geldwäscherei in diesem Bereich begegnet werden kann. Die Ausführungen dazu befinden sich im Kapitel 2.5.4.1.

1.5 Ergebnisse des Vorverfahrens

1.5.1 Vorarbeiten

Der Bundesrat beauftragte am 22. Oktober 2003 das EFD mit der Einsetzung einer interdepartementalen Arbeitsgruppe unter der Leitung des EFD (IDAG GAFI), die zur Umsetzung der 40 revidierten Empfehlungen erforderlichen Massnahmen vorzuschlagen¹³.

Diese Arbeitsgruppe führte im Frühjahr 2004 mit den interessierten Kreisen (Vertreter der betroffenen Wirtschaftszweige, der Strafverfolgungsbehörden und der Universitätskreise) informelle Hearings durch. Anschliessend erarbeitete sie den vorliegenden Vernehmlassungsentwurf.

¹³ Vgl. Auftrag des Bundesrates an das EFD über die Einsetzung einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Botschaftsentwurfes zur Umsetzung der 40 revidierten Empfehlungen des GAFI (Pressekommuniqué vom 22.10.2003, <http://www.efd.admin.ch/d/dok/medien/medienmitteilungen/2003/10/fatf.htm>).

2 Bestimmungen im Einzelnen

2.1 Ausweitung auf Terrorismusfinanzierung

Mit der weltweiten Zunahme des Terrorismus in den vergangenen Jahren hat auch die Frage der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung eine grosse Bedeutung erlangt. Um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, hat das GAFI im Zuge der Ereignisse vom 11. September 2001 insgesamt neun Spezialempfehlungen zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung geschaffen. Zudem wurden im Rahmen der Revision die ursprünglich zur Bekämpfung der Geldwäscherei geschaffenen 40 GAFI-Empfehlungen auch auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausgedehnt. Dem wird bei der Umsetzung der 40 GAFI-Empfehlungen und der neun Spezialempfehlungen zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung des GAFI Rechnung getragen. Dabei geht es um die Sorge für den Finanzplatz Schweiz: Mit der weltweiten Zunahme des Terrorismus ist auch das Risiko gestiegen, dass der Finanzplatz Schweiz für die Terrorismusfinanzierung missbraucht wird. In der Tat werden für die Terrorismusfinanzierung zu einem grossen Teil dieselben Kanäle wie für die Geldwäscherei benutzt. Aus diesen Gründen wird die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausdrücklich in das Geldwäschereigesetz integriert.

2.1.1 Anpassung des Zweckartikels im Geldwäschereigesetz (Art. 1 VE GwG) – erweiterter Geltungsbereich des Gesetzes

Einerseits wird der Geltungsbereich des Gesetzes über den Finanzsektor hinaus auf Handelstätigkeiten in bestimmten Branchen erweitert. Andererseits wird den internationalen Bestrebungen zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung Rechnung getragen, indem in verschiedenen Gesetzesbestimmungen die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung neu aufgenommen wird. Auf eine Änderung des geläufigen Gesetzstitels wird jedoch verzichtet; allerdings wird der Zusatz im Titel „im Finanzsektor“ entfallen. Der Gesetzstitel lautet demnach in Zukunft: „Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei“.

Die Aufnahme der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung soll transparent gemacht werden. Dazu wird der Zweckartikel des Gesetzes angepasst. In Art. 1 VE GwG wird die Formulierung aufgenommen, wonach das Gesetz auch die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung im Sinne von Art. 260^{quinquies} StGB regelt. Durch den Missbrauch des Finanzsystems zur Kanalisierung von Geld für terroristische Zwecke wird die Integrität, das Funktionieren und der Ruf des Finanzplatzes sowie unter Umständen die Stabilität des Finanzsystems ernsthaft gefährdet.

Die Bekämpfung der Geldwäscherei und die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung sind zwei unterschiedliche Zielsetzungen. Dies wird transparent gemacht, indem die Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus nicht unter die Bekämpfung der Geldwäscherei subsumiert wird, sondern selbständig in den Zweckartikel aufgenommen wird. Zur Erreichung dieser beiden Zielsetzungen steht im Geldwäschereigesetz ein Set von Sorgfaltpflichten zur Verfügung. Das im Geldwäschereigesetz enthaltene Sorgfaltsdispositiv kann auch für die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung herangezogen werden. Dieselben

Bestimmungen über die Sorgfalt gelten somit für die Bekämpfung der Geldwäscherei wie auch zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung.

Bei der Geldwäscherei werden illegal erworbene Gelder in den legalen Geldkreislauf überführt. Bei der Terrorismusfinanzierung werden demgegenüber oft legale Gelder für einen kriminellen Zweck missbraucht. Eine Kombination von legalem und illegalem Geld für die Terrorismusfinanzierung ist zudem denkbar. Ebenso ist es möglich, dass kriminelle Machenschaften sowohl die Geldwäscherei wie auch die Terrorismusfinanzierung betreffen. Die Erkennung und Bekämpfung ex ante der Terrorismusfinanzierung ist unter Umständen schwieriger als diejenige der Geldwäscherei, aus folgendem Grund: Sofern sauberes Geld in das Finanzsystem fließt und zu kriminellen Zwecken verwendet wird, ist es Finanzintermediären unter Umständen auch unter Einhaltung der bestehenden Sorgfaltspflichten kaum möglich, im Zeitpunkt der Einspeisung von sauberem Geld in den Finanzkreislauf den Zweck der Terrorismusfinanzierung zu erkennen. Die Sorgfaltspflichten des Gesetzes greifen allerdings im Zeitpunkt, in welchem der Finanzintermediär Verdacht schöpft, dass die Verwendung der Gelder zu terroristischen Zwecken erfolgen könnte.

Das Geldwäschereigesetz richtet sich nicht mehr nur ausschliesslich an Finanzintermediäre, sondern bestimmte Sorgfaltspflichten richten sich auch an Personen, welche bestimmte Handelstätigkeiten ausüben (Art. 2 Abs. 1 Best. b GwG). Dies wird im Zweckartikel transparent gemacht, indem ausgewiesen wird, dass das Gesetz zur Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften und bestimmten Handelstätigkeiten dient.

2.1.2 Erweiterung von Gesetzesbestimmungen auf die Terrorismusfinanzierung (Art. 6, 8, 9, 21, 23, 27, 29, 32 VE GwG)

Im geltenden Geldwäschereigesetz ist die Terrorismusfinanzierung in keinem Artikel erwähnt. Um die Gesetzeslücke zu füllen, wird die Bestimmung von Art. 260^{quinquies} StGB explizit in die vorgenannte und in weitere Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes aufgenommen. Die Terrorismusfinanzierung ist ein eigenständiges Delikt, das auch losgelöst von der Geldwäscherei erfüllt sein kann und wurde deshalb in Art. 260^{quinquies} StGB separat geregelt.

Verschiedene Bestimmungen des geltenden Geldwäschereigesetzes werden daher mit dem Zusatz „oder der Terrorismusfinanzierung dienen (Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB)“ oder einer entsprechenden Formulierung ergänzt: Es handelt sich um folgende Gesetzesartikel: Besondere Abklärungspflicht (Art. 6 Bst. b GwG), Meldepflicht (Art. 9 Abs. 1 GwG), Anzeigepflicht (Art. 21 Abs. 1 GwG), Aufgaben der Meldestelle für Geldwäscherei (Art. 23 Abs. 4 GwG), Informationsaustausch und Anzeigepflicht (Art. 27 Abs. 4 GwG), Informationsaustausch unter Behörden (Art. 29 Abs. 2 GwG), und internationale Amtshilfe der Meldestelle (Art. 32 Abs. 2 Bst. a GwG).

Die Spezialempfehlung IV des GAFI zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung statuiert ausdrücklich eine Meldepflicht für Finanzintermediäre, die Verdachtsgründe haben, dass Vermögenswerte in Zusammenhang mit terroristischen Handlungen oder terroristischen Organisationen stehen könnten.

Nach der geltenden Praxis zu Art. 9 Abs. 1 GwG sind Vermögenswerte, welche der Verfügungsgewalt einer „terroristischen Organisation“ unterliegen, der Meldestelle für Geldwäscherei zu melden. Diese Meldepflicht leitet sich aus der Tatsache ab, dass terroristische Organisationen den kriminellen Organisationen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 GwG gleichzustellen sind. Es ist jedoch denkbar, dass Terrorismusfinanzierung nicht nur zu Gunsten von terroristischen Organisationen, sondern auch von Einzelpersonen erfolgt. Die Bestimmung über die Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} StGB) soll wegen ihrer Bedeutung explizit in Art. 9 Abs. 1 VE GwG erwähnt werden. Dies hat Auswirkungen auf die Meldepflicht. Sie wird nun explizit auch bei begründetem Verdacht auf Terrorismusfinanzierung ausgelöst werden. Dies ist im internationalen Vergleich durchaus üblich.

In Art. 32 Abs. 2 Bst. a GwG wird der Informationsaustausch der Meldestelle für Geldwäscherei (Money Laundering Reporting Office; MROS) und ihren Gegenstellen im Ausland (Financial Intelligence Units; FIU's) geregelt. Der Informationsaustausch zwischen Meldestelle und ausländischen FIU's betrifft bereits heute Personendaten, welche relevant sind für die Geldwäschereibekämpfung und für die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung. Obwohl das Gesetz in diesem Zusammenhang in Art. 32 Abs. 2 lit a GwG nur von Geldwäscherei spricht, liess die teleologische Auslegung auch den Informationsaustausch im Bereich der Terrorismusfinanzierung zu. Dies wird nun durch die Aufnahme des erwähnten Zusatzes auf eine ausdrückliche rechtliche Grundlage gestellt.

2.2 Neue Vortaten zur Geldwäscherei

Die GAFI-Empfehlungen zählen die Vortaten der Geldwäscherei auf; in den revidierten GAFI-Empfehlungen wurde der Katalog der Vortaten zur Geldwäscherei erweitert. Verschiedene Handlungen wie insbesondere schwere Schmuggeldelikte im Zollbereich, der Insiderhandel und Kursmanipulationen werden durch die GAFI-Empfehlungen neu als Vortaten der Geldwäscherei qualifiziert. Zur diesbezüglichen Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen genügt es, punktuelle Änderungen in den Strafdrohungen einzelner Tatbestände im Strafgesetzbuch sowie je eine Änderung im Verwaltungsstrafrecht sowie in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen vorzunehmen.

2.2.1 Bandenmässiger Schmuggel (Art. 14 Abs. 4 VE VStrR)

Zur Einführung des Tatbestandes des bandenmässigen Schmuggels wird eine neue Bestimmung eines qualifizierten Leistungs- und Abgabebetrugs als Art. 14 Abs. 4 des Verwaltungsstrafrechts aufgenommen. Diese Bestimmung wird als qualifizierter Tatbestand ausgestaltet und als Verbrechen qualifiziert. Der bandenmässige Schmuggel stellt somit neu eine potentielle Vortat der Geldwäscherei dar. Als Qualifikationsmerkmale des Tatbestandes wird auf die Bandenmässigkeit und auf

das Abzielen auf einen erheblichen Gewinn sowie auf die fortgesetzte Verübung des Delikts abgestellt.

Der Schmuggel im Zollbereich bezieht sich ausschliesslich auf den Warenverkehr. Der bandenmässige Schmuggel im Bereich des Warenverkehrs, der auf erhebliche Gewinne abzielt und fortgesetzt verübt wird, kann mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und einer Busse bis zu einer Million Franken bzw. einer Geldstrafe geahndet werden.

Der Tatbestand reiht sich in den Leistungs- und Abgabebetrug von Art. 14 VStrR ein. Die Tatbestandsmerkmale des Leistungs- oder des Abgabebetrugs müssen somit erfüllt sein. Das heisst der Täter muss durch arglistiges Verhalten eine Rückerstattung von Abgaben oder die Erschleichung einer Leistung bewirken. Nur wenn zusätzlich zu diesen Tatbestandsmerkmalen die Qualifikationsmerkmale der Bandenmässigkeit, der fortgesetzten Verübung des Delikts und des Abzielens auf einen erheblichen Gewinn vorliegen, ist der qualifizierte Tatbestand des bandenmässigen Schmuggels erfüllt. Damit einher geht, dass nicht einzelne Delikte in zollrechtlichen Gesetzen qualifiziert werden sollen, sondern mit dem Tatbestand des bandenmässigen Schmuggels allgemein Fälle der schweren Kriminalität erfasst werden sollen. Aus diesem Grund wird auf eine Auflistung einzelner Bestimmungen oder Gesetze im Art. 14 Abs. 4 VE VStrR verzichtet. Ein solches Vorgehen würde zudem die Gefahr mit sich bringen, dass bei neuen oder geänderten Gesetzen im Zollbereich jedes Mal Art. 14 Abs. 4 VE VStrR angepasst werden müsste.

Das Qualifikationsmerkmal des *Abzielens* auf einen erheblichen Gewinn ist bewusst gewählt. Würde ein bereits erzielter Gewinn als Merkmal gefordert, wäre der Tatbestand in seltenen Fällen erfüllt und könnte meistens nur als Versuch bestraft werden. Dem einzelnen Mittäter einen bereits erzielten erheblichen Gewinn nachzuweisen, dürfte selten gelingen, insbesondere in Fällen, in welchen die geschmuggelte Ware sichergestellt werden kann, bevor sie umgesetzt und ein Gewinn erzielt worden ist. Die Täter müssen als Bande handeln, wobei jeder einen Beitrag zur Erfüllung des Tatbestandes leistet. Um geringere Delikte von dieser Strafnorm auszunehmen, wird das Abzielen auf einen *erheblichen Gewinn* gefordert. Dieser Begriff besteht auch in anderen Tatbeständen (zum Beispiel in Art. 19 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes¹⁴). Die betragsmässige Konkretisierung dieses Begriffs wird hier bewusst der Rechtsprechung überlassen, wobei insbesondere die Eigenheiten des Geschäftes und des Marktes zu berücksichtigen sind.

Es ist davon auszugehen, dass das „Waschen“ von entsprechenden Vermögenswerten in der Schweiz auch dann strafbar ist, wenn diese aus einer im Ausland begangenen Tat stammen, deren Merkmale dem neuen Tatbestand von Artikel 14 Abs. 4 VE VStrR entsprechen (vgl. Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB). Weil Verwaltungsstrafnormen regelmässig nur das eigene Staatswesen schützen, genügt hinsichtlich der Vortat die abstrakte beidseitige Strafbarkeit.

Der bandenmässige Schmuggel nach Art. 14 Abs. 4 VE VStrR wird als Verbrechen qualifiziert. Art. 21 Abs. 1 VStrR geht davon aus, dass in Fällen, in denen mit einer Freiheitsstrafe zu rechnen ist, das Strafgericht zuständig sein soll. Art. 21 Abs. 1 VStrR überträgt die Verantwortung für die Einleitung des richtigen Verfahrens dem

¹⁴ Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.121).

"übergeordneten Departement". Damit kommt dem zuständigen Departement eine wichtige Rolle zu. Die Departemente müssen sicherstellen, dass Fälle, in denen mit einer Freiheitsstrafe zu rechnen ist, direkt an das Strafgericht überwiesen werden.

Der neue Tatbestand des bandenmässigen Schmuggels in Artikel 14 Absatz 4 VE VStrR, konzipiert als qualifizierter Leistungs- und Abgabebetrug, ist aufgrund der vorgesehenen Strafandrohung als Verbrechen ausgestaltet und stellt damit eine potentielle Vortat der Geldwäscherei dar.

2.2.2 Insiderhandel und Kursmanipulation (Art. 161 VE StGB und Art. 161^{bis} VE StGB)

In den revidierten GAFI-Empfehlungen wurden neu auch die beiden Börsendelikte Insiderhandel und Kursmanipulation¹⁵ in den Katalog der Vortaten der Geldwäscherei aufgenommen.

Die beiden betreffendenden schweizerischen Strafnormen Art. 161 StGB (Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen; kurz: Insiderhandel) und Art. 161^{bis} StGB (Kursmanipulation) werden im Rahmen der vorliegenden Revision neu in qualifizierten Fällen als Verbrechen und so zu potentiellen Vortaten der Geldwäscherei ausgestaltet. Damit werden der qualifizierte Insiderhandel und die qualifizierte Kursmanipulation zugleich zu meldepflichtigen Sachverhalten gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG.

Diese neue Meldepflicht hat nicht zur Folge, dass die aufsichtsrechtlich geforderte Transaktionsüberwachung im Sinne von Art. 8 der Verordnung der Eidg. Bankkommission vom 18. Dezember 2002¹⁶ zur Verhinderung der Geldwäscherei auszuweiten ist. Insbesondere verpflichtet sie die Finanzintermediäre nicht, eine umfassende Handelsüberwachung (Trade Surveillance) einzuführen. Die hier in Betracht fallende Variante der Meldepflicht von Art. 9 Abs. 1 GwG wird erst ausgelöst, wenn der Finanzintermediär weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass Vermögenswerte aus den genannten Sachverhalten herrühren, was erst nach Ausführung einer entsprechenden Transaktion der Fall sein kann. Ex ante soll die Meldepflicht nicht dazu führen, dass Finanzintermediäre Transaktionen vor Ausführung systematisch und automatisch, also ohne dass in diesem Stadium Wissen oder ein begründeter Verdacht vorliegt, auf eine potentielle Insiderhandlung oder Kursmanipulation überprüfen müssen.

2.2.2.1 Neue Definition der insiderrelevanten Sachverhalte durch Streichung der Ziffer 3 von Art. 161 StGB

Im Rahmen dieser Revision soll zugleich die Motion Jossen „Insider-Strafnorm“ vom 12. Juni 2002¹⁷ umgesetzt werden. Diese Motion wurde vom Nationalrat am 4. Oktober 2002 und vom Ständerat am 2. Oktober 2003 überwiesen. Mit dem Vorstoss wird der Bundesrat beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel

¹⁵ «Insider trading and market manipulation», cf. Empfehlung 1 und Vortatenliste in der Definition des Begriffs «Designated categories of offences» im «Glossary» im Anhang.

¹⁶ SR 955.022.

¹⁷ N 02.3246.

161 StGB vorzuschlagen, wonach unter die Insiderstrafnorm auch Wertschriftenverkäufe fallen, die im Vorfeld einer Warnung vor einem Gewinneinbruch getätigt werden, um einen zu erwartenden Kursverlust abzufedern. In der Begründung der Motion wird auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.567/2001 vom 15. April 2002 verwiesen. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil betreffend internationale Amtshilfe seine Rechtsprechung bestätigt, wonach Gewinn- und Verlustankündigungen von der Definition der vertraulichen Tatsache in Artikel 161 Ziffer 3 StGB nicht mit erfasst seien. Die Motion Jossen zielt auf eine Ausweitung der insiderrelevanten Sachverhalte in Art. 161 StGB auf so genannte Gewinnwarnungen.

Diese Vorlage geht weiter als die Motion Jossen es verlangt. Art. 161 Ziff. 3 StGB wird nicht nur auf Sachverhalte von Gewinnwarnungen erweitert; vielmehr wird die einschränkende gesetzliche Konkretisierung der insiderrelevanten Sachverhalte in Ziff. 3 von Art. 161 StGB gesamthaft gestrichen. Dies entspricht auch dem Anliegen der Bankenbranche. Die vorgesehene Streichung dieser Ziffer 3 hat Folgen für die ganze Strafnorm, indem die Definition der Insiderhandlung als solche breiter gefasst wird. Als Konsequenz daraus ergibt sich, dass die Auslegung des Tatbestandes, insbesondere die Definition des Begriffs der kursrelevanten Tatsache mit Aufhebung der Ziffer 3 von Art. 161 StGB weitgehend der Praxis beziehungsweise der Rechtsprechung überlassen wird.

2.2.2.2 Insiderhandel: Qualifizierung des Tatbestandes des Primärinsiders als Verbrechen; Erhöhung des Strafrahmens für den Tippnehmer (Art. 161 Ziff. 1 und 2 VE StGB)

Zur Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen wird die Strafdrohung für den Primärinsider von Art. 161 Ziff. 1 VE StGB auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren, Gefängnis oder Busse (bzw., nach neuem AT-StGB, fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe) erhöht. Das Delikt wird dadurch vom Vergehen zum Verbrechen. Die heute schon als Alternative zur Freiheitsstrafe bestehende Möglichkeit der Verhängung einer Busse wird jedoch beibehalten.

Durch die Ausgestaltung der Insidersachverhalte nach Art. 161 Ziff. 1 VE StGB als Verbrechen werden diese neu meldepflichtig im Sinne des geltenden wie auch des neu vorgeschlagenen Art. 9 Abs. 1 VE GwG; die Meldepflicht besteht allerdings nur dann, wenn Vermögenswerte daraus hervorgehen bzw., wie das Gesetz es nennt, „aus einem Verbrechen herrühren“. Damit ein Sachverhalt meldepflichtig wird, muss eine oder müssen mehrere Transaktionen an einem bestimmten Datum oder in einem bestimmten Zeitfenster erfolgt sein. Wer seine Papiere nicht verkauft, obwohl er von einer insiderrelevanten Tatsache weiss, soll auch künftig von Art. 161 StGB nicht erfasst werden.

Der Tatbestand des Tippnehmers von Art. 161 Ziff. 2 VE StGB wird nicht als Verbrechen ausgestaltet, sondern bleibt nach wie vor ein Vergehen (Art. 9 Abs. 2 StGB bzw. Art. 10 Abs. 3 nStGB). Diese Tatvariante ist bereits heute mit einer geringeren Strafdrohung als diejenige von Art. 161 Ziff. 1 StGB versehen. Damit wird der heute geltenden strafrechtlichen Abstufung zwischen einem Primärinsider und einem Tippnehmer weiterhin Rechnung getragen. Allerdings wird die

angedrohte Höchststrafe für den Tippnehmer gemäss Art. 161 Ziff. 2 VE StGB von bisher einem auf neu drei Jahre Gefängnis (oder Freiheitsstrafe) erhöht.

Damit beschränkt sich die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG auf die Sachverhalte gemäss Ziffer 1 von Art. 161 VE StGB, welche für die Finanzintermediäre allenfalls auch einfacher zu erkennen sind als diejenigen des Tippnehmers nach Art. 161 Ziff. 2 VE StGB. Die Tatvariante des Tippnehmers nach Art. 161 Ziff. 2 VE StGB schliesst zwar an die Tatvariante des Primärinsiders nach Ziffer 1 und somit neu an ein Verbrechen an. Der Tippnehmer selber begeht hingegen nur ein Vergehen, so dass der von ihm aus dem Insiderhandel unrechtmässig erlangte Vermögensvorteil nicht – beziehungsweise nur indirekt - aus einem Verbrechen herrührt.

Die Qualifikation des Straftatbestandes des Primärinsiders nach Art. 161 Ziff. 1 VE StGB als Verbrechen und die sich daraus - bei entsprechendem Verdacht - ergebende Meldepflicht bedeutet nicht, dass die Finanzintermediäre nun bereits vor Ausführung von Börsentransaktionen oder gar bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung von sich aus neben den bestehenden Sorgfaltspflichten automatisch und systematisch überprüfen müssten, ob der Depotinhaber im konkreten Fall ein potentieller Primärinsider ist. Die Meldepflicht entsteht erst dann, wenn der Verdacht besteht, ein Vermögenswert sei aus einem Verbrechen hervorgegangen, d.h. nach Ausführung einer Börsentransaktion im Auftrag eines Primärinsiders.

Darüber hinaus wird der Tatbestand des Insiderhandels inhaltlich nicht geändert. Lediglich die Terminologie wird angepasst, indem in den neuen Ziffern 1 und 4 nicht mehr von börslich oder vorbörslich gehandelten Aktien, anderen Wertschriften etc. die Rede ist, sondern neu - wie bereits im geltenden Artikel 161^{bis} StGB (Kursmanipulation) - von *börslich gehandelten Effekten*.

2.2.2.3 Kursmanipulation Art. 161^{bis} VE StGB

Der Wortlaut inklusive die Strafdrohung von Art. 161^{bis} VE StGB bleiben unverändert und bilden neu den Grundtatbestand. Es wird allerdings eine zweite Ziffer für qualifizierte Fälle eingefügt; demzufolge wird bei Vorliegen eines schweren Falles auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren, Gefängnis oder Busse (bzw. nach dem Inkrafttreten des nAT-StGB, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) erkannt werden können. Als Qualifikationsmerkmal, damit ein schwerer Fall vorliegt, wird auf einen „erzielten erheblichen Vermögensvorteil“ abgestellt.

Damit werden die gemäss Art. 9 GwG meldepflichtigen Sachverhalte in den Konstellationen der Kursmanipulation auf Fälle beschränkt, in welchen ein erheblicher Vermögensvorteil erzielt worden ist. Der nach Art. 10 Abs. 1 GwG zu sperrende Vermögenswert muss in Relation zur Tat stehen. Das heisst, dass gegebenenfalls nur ein Teil eines Kontos oder Depots zu blockieren ist.

2.2.3 Warenfälschung (Art. 155 Ziff. 2 VE StGB) und Produktpiraterie (Art. 67 Abs. 2 VE URG)

Neu zählen die revidierten GAFI-Empfehlungen auch Warenfälschung und Produktpiraterie¹⁸ zu den Vortaten zur Geldwäscherei.

2.2.3.1 Warenfälschung (Art. 155 Ziff. 2 VE StGB)

Bei der Warenfälschung geht es um Produkte, welche – mit der Absicht der Täuschung – andere Erzeugnisse in irgendeiner Weise nachahmen. Das geltende Strafrecht bedroht das Fälschen von Waren¹⁹ zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr, sofern die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit höherer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis oder mit Busse. Handelt der Täter gewerbsmässig, ist die Strafe (wiederum vorbehaltlich einer anderen höheren Strafe) Gefängnis. Der Tatbestand soll gewährleisten, dass der Erwerber nicht eine Ware erhält, die er nur zu geringerem Preise oder gar nicht erstehen würde, wenn er wüsste, dass sie nicht dem entspricht, was vorgetäuscht wird. Als Ware gilt jede bewegliche Sache, die Gegenstand des Handels sein kann, was durchaus dem Produkt im Sinne der Empfehlungen gleichkommt. Die Warenfälschung ist heute als Vergehen ausgestaltet.

Zur Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlung betreffend Warenfälschung wird ein qualifizierter Tatbestand der Warenfälschung geschaffen und als Verbrechen ausgestaltet. Als Qualifikation wird das Kriterium der Gewerbsmässigkeit eingeführt. Der Strafrahmen bei der qualifizierten, das heisst also bei der gewerbsmässigen Warenfälschung im Sinne von Art. 155 Ziff. 2 VE StGB wird auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis erhöht (bzw. Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bei Inkraftsetzung des revidierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches). Damit wird die gewerbsmässige Warenfälschung zu einem Verbrechenstatbestand und stellt eine Vortat zur Geldwäscherei dar.

Verschiedene nebenstrafrechtliche Bestimmungen, wie etwa im Markenschutzgesetz, im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, im Designgesetz oder im Lebensmittelgesetz, sehen Strafbarkeit vor für fälschende oder täuschende Vorkehrungen im jeweiligen Bereich²⁰. Es handelt sich dabei jeweils um Vergehen oder Übertretungen im Sinne des Strafrechts. Allerdings enthält Artikel 62 des Markenschutzgesetzes eine Strafandrohung bis zu fünf Jahren Gefängnis und Busse bis zu 100 000 Franken²¹. Nach dem Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wird die Tat mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht sein (wobei die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe verbunden werden kann). Damit werden entsprechende Handlungen im Bereich des Markenschutzes nach Art. 62 des Gesetzes zu Verbrechen und damit einer Vortat zur Geldwäscherei.

¹⁸ «Counterfeiting and piracy of products», cf. Empfehlung 1 und Vortatenliste in der Definition des Begriffs «Designated categories of offences» im «Glossary» im Anhang.

¹⁹ Art. 155 StGB, Warenfälschung.

²⁰ Art. 61 und 62 Markenschutzgesetz, Art. 3 Bst. b und d i. V. m. Art. 23 UWG, Art. 41 Designgesetz (SR 232.12), Art. 48 Bst. h Lebensmittelgesetz.

²¹ Die Höchstdauer der Gefängnisstrafe beträgt gemäss Art. 36 StGB normalerweise drei Jahre.

Angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke der Strafnormen stehen diese nebenstrafrechtlichen Bestimmungen in echter Konkurrenz zu Artikel 155 VE StGB, womit jeweils ein Schuldspruch wegen beider Delikte möglich ist und der Anwendungsbereich von Artikel 155 VE StGB nicht eingeschränkt wird.

2.2.3.2 Produktpiraterie (Art. 67 Abs. 2 VE URG)

Die revidierte GAFI-Empfehlung nimmt die Produktpiraterie in den Katalog der möglichen Vortaten zur Geldwäscherei auf.

Im Falle von Produktpiraterie oder Raubkopien wird, unter Verstoß gegen das Urheberrecht oder gegen ein verwandtes Schutzrecht, eine illegale Kopie eines existierenden Werkes oder eines Teils hiervon angefertigt. Voraussetzung für die Strafbarkeit ist nicht, dass Dritte durch Nachahmung getäuscht werden, im Gegenteil: Abnehmer sind sich in aller Regel bewusst, dass sie eine illegale Kopie eines Werkes erwerben. Gemäss schweizerischem Urheberrecht wird auf Antrag mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft, wer unrechtmässig Kopien eines Werkes herstellt, diese anbietet, verbreitet oder wahrnehmbar macht²².

Handelt der Täter gewerbsmässig, wird er von Amtes wegen verfolgt und mit Gefängnis und Busse bis zu 100 000 Franken bestraft (Art. 67 Abs. 2 URG). Als Werke gelten, in umfassender Weise, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, insbesondere auch Computerprogramme, akustische und visuelle Werke, Bücher, Pläne etc.²³. Produktpiraterie ist als Vergehen ausgestaltet.

Zur Umsetzung der GAFI-Empfehlung wird der Strafrahmen für den qualifizierten Tatbestand der gewerbsmässigen Urheberrechtsverletzung erhöht, worunter die gewerbsmässige Produktpiraterie fällt (Art. 67 Abs. 2 URG); sie wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, Gefängnis oder Busse (bzw. Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bei Inkrafttreten des nAT-StGB) bestraft.

2.2.4 Menschen schmuggel (Art. 111 Entwurf des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer): Anpassung im Rahmen der Revision des ANAG

Neu wurde in den revidierten GAFI-Empfehlungen auch der *Menschenschmuggel*²⁴ in den Katalog der Vortaten zur Geldwäscherei aufgenommen.

Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer wird revidiert, um die Aufnahme des Menschenschmuggels in den Katalog der Vortaten zur Geldwäscherei zu ermöglichen (neuer Artikel 111 ANAG des Revisionsentwurfs zum ANAG). Diese Änderung erfolgt im Rahmen der laufenden Revision des Ausländergesetzes, für die das Bundesamt für Migration zuständig ist. Der

²² Art. 67 Abs. 1 Bst. d, e, f und g URG.

²³ Legaldefinition gem. Art. 2 URG.

²⁴ «Migrant smuggling», cf. Empfehlung 1 und Vortatenliste in der Definition des Begriffs «Designated categories of offences» im „Glossary“ im Anhang.

Nationalrat als Erstrat hat den Revisionsentwurf bereits durchberaten und die Änderung von Artikel 111 gutgeheissen²⁵.

2.3 Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 3 Abs. 3 VE IRSG)

Die revidierten GAFI-Empfehlungen sehen vor, dass unter anderem für Schmuggel und für Geldwäscherei von Erlös aus Schmuggel Rechtshilfe geleistet werden soll (siehe Kapitel 2.2.1). Zudem soll die Auslieferung auch möglich sein für Geldwäscherei von Erlös aus Schmuggel. Falls die Auslieferung nicht möglich ist, soll das Land nach den revidierten GAFI-Empfehlungen die Möglichkeit der stellvertretenden Strafverfolgung vorsehen. In der Schweiz kann im Fiskalbereich bei Vorliegen eines Abgabebetrugs zwar bereits heute international zusammengearbeitet werden; allerdings ist nur die Leistung akzessorischer Rechtshilfe möglich. Nicht zulässig ist somit nach geltendem Recht die Auslieferung. Soll die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen für den bandenmässigen Schmuggel neu im Sinne von Artikel 14 Absatz 4 VE VStr über das geltende Recht hinaus auf alle Teile des IRSG, insbesondere also auch auf die Auslieferung, ausgedehnt werden, muss Art. 3 Abs. 3 IRSG angepasst werden.

Durch die Neuformulierung von Art. 3 Abs. 3 VE IRSG wird sichergestellt, dass in Zukunft mittels einer kontrollierten Öffnung für die qualifizierten Fälle von Abgabebetrug, nämlich für die Fälle des bandenmässigen Schmuggels, umfassend zusammengearbeitet werden kann. Bei bandenmässigem Schmuggel kann somit nicht nur akzessorische Rechtshilfe geleistet, sondern insbesondere auch ausgeliefert werden. Dies gilt ohne weiteres auch für die Geldwäscherei von Vermögenswerten, welche aus qualifiziertem Abgabebetrug stammen, weil bereits für die Vortat die Zusammenarbeit nach allen Teilen des IRSG möglich ist.

2.4 Änderungen der Unterstellung im Bereich der Finanzintermediation (Art. 2 Abs. 3 VE GwG)

Die revidierten GAFI-Empfehlungen qualifizieren verschiedene neue Tätigkeiten ausserhalb des Banken- und Finanzbereichs als geldwäschereigefährdet und verlangen deren Unterstellung unter ein Geldwäschereiregime. So werden Immobilienreuhänder, Edelmetall- und Edelsteinhändler, Anwälte, Notare, Treuhänder sowie Dienstleistungsanbieter im Gesellschaftsgründungs- und verwaltungsbereich als geldwäschereigefährdet betrachtet. Im Sinne eines risikobasierten Ansatzes verlangen die revidierten GAFI-Empfehlungen ein diesbezügliches Abwehrdispositiv gegen Geldwäscherei, sofern Personen, welche in diesen Berufsgattungen arbeiten, für ihre Kunden Transaktionen ausführen. Falls es sich bei diesen Tätigkeiten um Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 GwG handelt, rechtfertigt sich eine vollständige Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG.

Die bestehende Regelung des Geldwäschereigesetzes deckt einen grossen Teil dieser Neuunterstellungen des GAFI bereits ab. So sind Immobilienreuhänder, Anwälte, Notare, Treuhänder sowie Dienstleistungsanbieter im

²⁵ vgl. AB 2004, 1148ff.

Gesellschaftsverwaltungsbereich bereits heute dem Geldwäschereigesetz unterstellt, wenn sie im fremden Namen im Auftrag eines Kunden Gelder an einen Dritten weiterleiten, sowie wenn sie Vermögenswerte aufbewahren oder verwalten. In diesen Bereichen bringt die Vorlage einzig eine Verdeutlichung der bestehenden Regelung von Art. 2 Abs. 3 GwG (vgl. Kapitel 2.4.1 bis 2.4.7).

Die bestehende Praxis der Kontrollstelle zum geltenden Recht in Bezug auf Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr, die im Auftrag des Gläubigers erbracht werden (Inkasso), sieht keine Unterstellung dieser Tätigkeiten unter das Geldwäschereigesetz vor. Das geltende Recht und die entsprechende Praxis werden mit der vorliegenden Revision nicht geändert. Inkasso-Verhältnisse sind dem Gesetz auch weiterhin nicht unterstellt.

Neu werden in Umsetzung der GAFI-Empfehlungen Tätigkeiten in den Branchen des Handels mit Edelmetallen und Edelsteinen sowie mit Immobilien dem im Geldwäschereigesetz neu eingeführten Regime für Handelstätigkeiten unterstellt. Im Unterschied zum Finanzintermediär, der entweder Dienstleistungen im fremdem Namen und auf fremde Rechnung erbringt, oder aber seine Handelstätigkeit auf Finanzinstrumente beschränkt, betrifft die neue Unterstellungspflicht Personen und Unternehmen, welche auf eigene oder fremde Rechnung mit Waren in den erwähnten Bereichen handeln. Diese Waren stellen keine Finanzinstrumente dar.

Zusätzlich zu den vom GAFI verlangten Unterstellungen wird in Antwort auf eine Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, der Kunsthandel (Handel mit bildender Kunst) dem Geldwäschereigesetz (Regime für Handelstätigkeiten) unterstellt.

2.4.1 Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr (Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG)

Nach geltendem Recht werden nach Art. 2 Abs. 3 GwG Tätigkeiten erfasst, welche dem Finanzsektor zuzurechnen sind. Die Kontrollstelle hat gestützt auf die Klausel von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG eine Praxis zu Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr entwickelt, die in dieser Gesetzesbestimmung neu ausdrücklich klargestellt werden soll.

Als Finanzintermediär im Sinne der Generalklausel des bestehenden Art. 2 Abs. 3 GwG gilt nach bestehendem Recht und bestehender Praxis der Kontrollstelle insbesondere, wer von einem Auftraggeber Geld entgegennimmt und dieses nach dessen Weisungen an einen Begünstigten weiterleitet (Art. 2 Abs. 3 Bst. b Ziff. 2 VE GwG). Dies gilt insbesondere für Personen, die gegenüber ihrem Auftraggeber («Geldüberweiser») ausschliesslich als «Zahlungsabwickler» auftreten. Als Beispiel für solche Zahlungsabwickler kann der Mäkler erwähnt werden, der diese Rolle zusätzlich zu seiner Vermittlungstätigkeit übernimmt. Zahlungsabwickler handeln jeweils im fremden Namen und auf fremde Rechnung. Vertragspartner des Zahlungsabwicklers ist der Käufer.

Die Tätigkeit des Einkaufskommissionärs hingegen, der im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung ein Handelsgeschäft tätigt, wird unter Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG nicht erfasst, selbst wenn der Geldfluss bzw. die Abwicklung der Zahlung nicht direkt vom Käufer an den Verkäufer, sondern vom Käufer über den Einkaufskommissionär an den Verkäufer erfolgt. Nicht unterstellt unter Art. 2 Abs.

3 Bst. b GwG ist somit zum Beispiel ein Kunsthändler, der in eigenem Namen aber auf fremde Rechnung Geschäfte tätigt.

Allgemein spielt es für die Qualifikation als Finanzintermediär im beschriebenen Sinn keine Rolle, in welcher Branche die erwähnten Tätigkeiten ausgeübt werden.

Die Praxis der Kontrollstelle zur Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG wird durch eine Umformulierung dieser Bestimmung ausdrücklich in das Geldwäschereigesetz aufgenommen. Art. 2 Abs. 3 Bst. b Ziff. 2 und 3 VE GwG wird zur Klärung durch den Zusatz ergänzt „oder für einen Auftraggeber Zahlungen entgegennehmen und diese Gelder nach den Weisungen des Auftraggebers an einen Begünstigten weiterleiten“ (Ziff. 2) oder "Zahlungsaufträge für Dritte per Bankvollmacht erledigen“ (Ziff. 3).

Von solchen Konstellationen des Zahlungsabwicklers im Auftrag des Käufers sind Inkassomandate zu unterscheiden. Beim Inkasso wird im Auftrag des Gläubigers von Schuldern Geld einkassiert. Diese Tätigkeit stellt keine Finanzintermediation dar und ist dem Geldwäschereigesetz auch weiterhin nicht unterstellt.

Gemäss der GAFI-Empfehlung 12 b sollen gewisse Tätigkeiten im Bereich des Immobilienhandels einem Geldwäschereiregime unterstellt werden. In der entsprechenden Empfehlung wird nicht auf die Branche, sondern auf eine Tätigkeit abgestellt²⁶. Diese Tätigkeit wird bereits heute von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG erfasst, wenn die Transaktionsabwicklung im Auftrag des Käufers geschieht. Auf eine weitere Unterstellung der Immobilienbranche als Finanzintermediation unter Art. 2 Abs. 3 VE GwG wird verzichtet. Wer beim Immobilienhandel nicht in Berührung mit entsprechenden Geldern kommt und somit keine Finanzintermediation betreibt, ist dem GwG nicht unterstellt. Die reine Vermittlung von Immobilien als solche wird somit nicht erfasst.

Ebenfalls werden neu auch Notare, die im Rahmen der Beurkundung von Liegenschaftskäufen den Kaufpreis oder einen Teil davon entgegennehmen, dem GwG nach Art. 2 Abs. 3 VE GwG unterstellt. Der Notar handelt als „Zahlungsabwickler“, wenn er vom Käufer den Kaufpreis entgegennimmt und an den Verkäufer weiterleitet. Ein Notar kann bei der Überweisung solcher Gelder gegenüber der Bank je nach Fall das Formular R, das heisst die Erklärung bei der Eröffnung eines Kontos oder Depots durch einen schweizerischen Anwalt oder Notar ausfüllen. Damit kann er darauf verzichten, der Bank den wirtschaftlich Berechtigten offenzulegen. Durch die Unterstellung der Notare in diesem Bereich kann diese Lücke gefüllt werden. Mit der tätigkeitsbezogenen Formulierung wird sodann sowohl die Empfehlung 12 b als auch 12 d umgesetzt.

2.4.2 Geldwechsel - Geldtransfer – Geldtransport (Art. 2 Abs. 3 Bst. c VE GwG)

In einem neu formulierten Art. 2 Abs. 3 Bst. c VE GwG wird klargestellt, dass das Geldwechsel- das Geld- und Werttransfer- sowie das Geld- und Werttransportgeschäft dem Geldwäschereigesetz unterstellt ist. Materiell wird durch Art. 2 Abs. 3 Bst. c VE GwG keine neue Unterstellung vorgenommen. Bisher wurde

²⁶ Im Originaltext auf englisch: „Real estate agents – when they are involved in transactions for their client concerning the buying and selling of real estate“.

das Geldwechselgeschäft bereits über die bestehende Formulierung von Art. 2 Abs. 3 Bst. c VE GwG („für eigene [...] Rechnung mit Banknoten und Münzen [...] handeln“) vom Gesetz erfasst.

Der Geld- und Werttransport ist gemäss Praxis der Kontrollstelle bereits heute über die Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG dem Gesetz unterstellt. Es handelt sich um eine Dienstleistung in deren Rahmen eine Person jemandem „hilft, fremde Vermögenswerte zu übertragen“. Allerdings beschränkt sich der Anwendungsbereich dieser Bestimmung gemäss Praxis der Kontrollstelle auf den Transport von Bargeld, Edelmetallen und Inhaberpapieren, die wegen ihrer Liquidität besonders anfällig für Geldwäscherei sind. Da diese Praxis unter dem geltenden Wortlaut des Gesetzes nicht restlos klar war, soll mit der neuen Formulierung eine eindeutige Rechtslage geschaffen und somit die Rechtssicherheit gefördert werden.

Der Transport von Geld und anderen liquiden Vermögenswerten ist geeignet, um zu Geldwäschereizwecken missbraucht zu werden. Insbesondere beim grenzüberschreitenden Transport bestehen zudem auf internationaler Ebene Hinweise, dass er zur Terrorismusfinanzierung gebraucht wird. Aufgrund dieser Erkenntnis hat das GAFI am 22. Oktober 2004 die Spezialempfehlung IX bezüglich der sogenannten „Cash couriers“ erlassen.

Ebenso wird in diese Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 Bst. c VE GwG das Geld- und Werttransfersgeschäft aufgenommen. Die Unterstellung des Geld- und Werttransfersgeschäftes wurde bis anhin über die Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG vorgenommen. Sie entspricht im übrigen der von der Spezialempfehlung VI des GAFI geforderten Unterstellung des „alternative remittance“-Geschäftes. Mit der expliziten Erwähnung dieser Tätigkeiten in einer eigenen litera c von Art. 2 Abs. 3 VE GwG wird die Rechtssicherheit gefördert.

2.4.3 Bankedelmetalle (Art. 2 Abs. 3 Bst. d VE GwG)

Unter Berücksichtigung der Praxis der Kontrollstelle zur Unterstellung des Edelmetallhandels unter das Geldwäschereigesetz können nur Bankedelmetalle, nicht aber Rohedelmetalle oder verarbeitete Edelmetalle als Finanzinstrumente qualifiziert werden. Der Handel mit Finanzinstrumenten ist grundsätzlich dem Gesetz unterstellt. Rohedelmetalle werden jedoch als Rohwaren betrachtet und deren börsenmässiger Handel für fremde Rechnung entsprechend unterstellt (vgl. Kapitel 2.4.4). Gemäss heutiger Gesetzgebung und der erwähnten Praxis ist der Eigen- sowie der Kundenhandel mit Bankedelmetallen im Sinne der Edelmetallgesetzgebung (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Edelmetallkontrollgesetzes (EMKG; SR 941.31) und Art. 144a der Edelmetallkontrollverordnung (EMKV; SR 941.311) dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Daher wird Art. 2 Abs. 3 Bst. d VE GwG entsprechend präzisiert; es wird nicht mehr der weitere Begriff der Edelmetalle erwähnt, sondern nur Bankedelmetalle. Materiell ändert diese Änderung an der heute geltenden Unterstellung nichts.



2.4.4 Rohwarenhandel (Art. 2 Abs. 3 Bst. e VE GwG)

Der Handel mit Rohwaren und mit deren Derivaten für fremde Rechnung ist bereits heute dem Geldwäschereigesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG), wenn er über eine Börse abgewickelt wird. In diesem Fall handelt es sich um Finanzinstrumente, deren Handel grundsätzlich Finanzintermediation begründet, wobei die Praxis die Unterstellung im Bereich des Rohwarenhandels allerdings auf den Handel für fremde Rechnung beschränkt hat. Neu wird der Rohwarenhandel in einer eigenen litera e von Art. 2 Abs. 3 VE GwG aufgeführt. Die Formulierung entspricht der von der Kontrollstelle durch Gesetzesauslegung entwickelten Praxis. Durch die Aufnahme des Handels mit Rohwaren und deren Derivaten in einer eigenen litera e von Art. 2 Abs. 3 VE GwG soll die Rechtssicherheit gefördert werden. Materiell ändert sich nichts an der heute geltenden Unterstellung.

Erfasst wird durch die Formulierung von Art. 2 Abs. 3 Bst. e VE GwG weiterhin nur der Fremdhandel mit Rohwaren und deren Derivaten. Die von der Geschäftsprüfungskommission der Nationalrates empfohlene Prüfung der Unterstellung des Eigenhandels mit Rohwaren wurde vorgenommen, und hat zum Schluss geführt, dass eine diesbezügliche Unterstellung sich nicht aufdrängt. Ein internationaler Rechtsvergleich hat ergeben, dass der Rohwareneigenhandel in keiner Rechtsordnung unterstellt ist. Weder das GAFI noch der Vorschlag der 3. Geldwäschereirichtlinie der EU sehen eine solche Unterstellung vor. Ein Alleingang der Schweiz würde in der Branche zu Recht auf Unverständnis stossen. Die Rohwarenhändler in der Schweiz wären einem Wettbewerbsnachteil ausgesetzt.

2.4.5 Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. f VE GwG)

Die Vermögensverwaltung ist bereits heute gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Die Formulierung ist allerdings sehr allgemein gehalten („Vermögen verwalten“). Neu wird in Art. 2 Abs. 3 Bst. f VE GwG die Vermögensverwaltung durch einen präziseren Wortlaut dem Geldwäschereigesetz unterstellt, welcher lautet: Finanzintermediäre sind Personen, die „individuelle oder kollektive Vermögensverwaltung betreiben (...)“. Durch diese Präzisierung wird klargestellt, dass kollektive Anlageformen, wie beispielsweise die Investmentgesellschaften, dem Gesetz unterstellt sind. Damit wird die Praxis der Kontrollstelle im Gesetz ausdrücklich festgehalten.

In den GAFI-Empfehlungen werden stets die Begriffe der individuellen und der kollektiven Vermögensverwaltung verwendet. Der gleiche Wortlaut wird auch in EU-Richtlinien verwendet. Die neue Formulierung im Geldwäschereigesetz trägt diesem Wortlaut Rechnung, um sachlich unbegründete Diskrepanzen zu vermeiden.

Investmentgesellschaften sind geschlossene kollektive Anlageformen, die als Finanzintermediäre zwischen den Anlegern und den zu finanzierenden Beteiligungen stehen. Sie bezwecken die kollektive Kapitalanlage und dienen hauptsächlich der Erzielung von Erträgen und/oder Kapitalgewinnen, ohne eine unternehmerische Tätigkeit im eigentlichen Sinn zu verfolgen. Als Instrument der kollektiven Vermögensanlage und -verwaltung sind Investmentgesellschaften dem Gesetz unterstellt. Da jedoch die Aktien der Investmentgesellschaften, jedenfalls wenn sie börsenkotiert sind, ausschliesslich oder grösstenteils über bewilligte Finanzintermediäre, insbesondere Banken, gehandelt werden, entstände eine

Doppelspurigkeit, wenn man sie zwingen wollte, in solchen Fällen ebenfalls die Sorgfaltspflichten nach dem Geldwäschereigesetz einzuhalten. Analog der Regelung von Art. 2 Abs. 2 Bst. b GwG bei Fondsleitungen, die dem Gesetz nur unterstellt sind, wenn sie Anteilkonten führen oder ihre Anteile selber anbieten oder vertreiben, sollen auch Investmentgesellschaften dem Gesetz nur unterstellt werden, sofern sie ihre Aktien selber anbieten oder vertreiben. Investmentgesellschaften, die ihre Aktien ausschliesslich über Dritte, Banken, Treuhänder, usw. vertreiben lassen, die dem Geldwäschereigesetz unterstellt sind, werden somit selber nicht auch noch zusätzlich dem Geldwäschereigesetz unterstellt.

Sollten Investmentgesellschaften zu einem späteren Zeitpunkt dem Anlagefondsgesetz und somit der Aufsicht der Eidg. Bankenkommission unterstellt werden, müssten ihre Unterstellung unter Art. 2 Abs. 2 GwG verschoben werden.

2.4.6 Gesellschaftsverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. i VE GwG)

Gemäss GAFI-Empfehlung 12 d und e sollen Tätigkeiten von Anwälten, Notaren und Buchhaltern sowie „Trust and company service providers“ (abgekürzt: TCSP) im Bereich der Verwaltung von Gesellschaften einem System zur Bekämpfung der Geldwäscherei unterstellt werden. Vor allem Sitzgesellschaften bergen als Finanzvehikel eine grosse Geldwäschereifahr. Aufgrund dessen rechtfertigt sich die Unterstellung der „Verwalter“ d.h. der Organe solcher Vehikel unter das Geldwäschereigesetz.

In der Schweiz ist die Tätigkeit als Organ bei Sitzgesellschaften (z.B. als Verwaltungsrat, Stiftungsrat oder Trustee) dem Geldwäschereigesetz bereits nach geltender Praxis der Kontrollstelle unterstellt. Diese Praxis der Kontrollstelle wird in das Gesetz überführt durch den neu formulierten Art. 2 Abs. 3 Bst. i VE GwG. Damit wird die bisher auf Gesetzesauslegung basierende Unterstellung der Organe von Sitzgesellschaften explizit auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

Die GAFI-Empfehlung 12 d und e verwendet nicht den Begriff der Organe von Sitzgesellschaften, sondern spricht von Anwälten, Notaren, Buchhaltern und den TCSP's. Art. 2 Abs. 3 Bst. i VE GwG ist demgegenüber bewusst - und der bisherigen Konzeption des Geldwäschereigesetzes entsprechend - tätigkeitsbezogen und nicht auf die Berufsgattung bezogen formuliert. Somit ist jedermann, der als Organ von einer Sitzgesellschaft amtiert, dem Geldwäschereigesetz unterstellt, wenn er dies berufsmässig tut.

Die neue Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 Bst. i VE GwG ist gemäss der Konzeption des Geldwäschereigesetzes also tätigkeitsbezogen. Sie beschränkt sich bewusst auf die Unterstellung „der Ausführung von Transaktionen“ und entspricht somit auch den Anforderungen der GAFI-Empfehlungen. Organe von Sitzgesellschaft haben aufgrund ihrer Stellung Verfügungsmacht über die Vermögenswerte der Gesellschaft, welche aus wirtschaftlicher Sicht diejenigen des wirtschaftlich Berechtigten der Gesellschaft sind. Die Organe führen für die Gesellschaft Transaktionen aus. Insofern sind die Organe dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Dies rechtfertigt sich auch aufgrund der Konzeption des Gesetzes. So ist die Meldepflicht (Art. 9 GwG) mit einer Vermögenssperre (Art. 10 GwG) verbunden, um den Zugriff der Justizbehörden auf die involvierten Vermögenswerte zu sichern.

Eine Vermögenssperre kann jedoch nur vornehmen, wer auch tatsächlich Zugriff auf Kundengelder hat. Im vorliegenden Fall sind dies die Organe der Sitzgesellschaft.

2.4.7 Gesellschaftsgründungen (Art. 2 Abs. 3 Bst. j VE GwG)

Die revidierten GAFI-Empfehlungen 12 d und 12 e sehen vor, dass bestimmte Personen, welche bei Gesellschaftsgründungen Transaktionen vornehmen, einem Geldwäschereiregime unterstellt sein sollen. Es geht dabei um Anwälte, Notare, Buchhalter und TCSP's.

In der Schweiz sind Transaktionen zur Gründung von Gesellschaften bis anhin dem Geldwäschereigesetz grundsätzlich nicht unterstellt. Als Ausnahme davon wird dem Gesetz bereits heute ein Treuhänder unterstellt, der seine Kundschaft bei Gesellschaftsgründungen unterstützt und in diesem Zusammenhang Gründungskapital entgegennimmt und poolt, dieses anschliessend entsprechend den Weisungen der Kundschaft an eine Bank zur Einzahlung auf das Aktieneinzahlungskonto oder an einen Notar weiterleitet. Der Treuhänder ist in dieser Konstellation ein „Zahlungsabwickler“, indem er im Auftrag des Kunden Gelder entgegennimmt und weiterleitet. Dieser Fall wird bereits heute gemäss der Praxis der Kontrollstelle von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG erfasst²⁷. Damit wird bestehende Praxis der Kontrollstelle in das Gesetz überführt.

Durch die Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 Bst. j VE GwG sollen Transaktionen zum Zwecke der Gesellschaftsgründung gesamthaft dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden. Geldwäschereifahr in diesem Zusammenhang besteht einerseits, wenn Kapital zwecks Gründung einer Gesellschaft auf ein (Sperr-)konto einbezahlt wird, die Gesellschaftsgründung zustande kommt und das Kapital freigegeben wird, ohne dass festgehalten worden ist, wer wirtschaftlich am einbezahlten Kapital berechtigt ist. Wenn die Gesellschaftsgründung andererseits nicht zustande kommt, wird das einbezahlte Kapital zurückbezahlt. Dieser Vorgang kann ebenfalls zu Geldwäschereizwecken missbraucht werden.

Dem Konzept des Geldwäschereigesetzes entsprechend werden Tätigkeiten im Bereich der Gesellschaftsgründung dem Gesetz unterstellt. Entsprechend wird bei Gesellschaftsgründungen auf die Vornahme von Transaktionen abgestellt. Dem Geldwäschereigesetz werden somit Personen unterstellt, die tatsächlich mit Gründungskapital in Berührung kommen. Begründet wird dies wiederum mit der Konzeption des Geldwäschereigesetzes, gemäss welchem die Meldepflicht mit einer Vermögenssperre verbunden ist. Eine Vermögenssperre kann nur vornehmen, wer auch tatsächlich Zugriff auf Kundengelder hat. Auch hier wird, der bisherigen Konzeption des Gesetzes entsprechend, eine tätigkeitsbezogene Formulierung gewählt. Somit ist jedermann, der Gründungskapital entgegennimmt, dem Geldwäschereigesetz unterstellt.

Folgender Sachverhalt wird entsprechend dieser Neuerung zukünftig dem Geldwäschereigesetz unterstellt sein: Ein Anwalt oder Notar nimmt bei einer Gesellschaftsgründung Gründungskapital entgegen. Solche Dienstleistungen wurden bisher dem Bereich der angestammten Tätigkeiten eines Anwaltes oder Notars

²⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1

zugeordnet und vom Anwendungsbereich des Geldwäschereigesetzes ausgenommen. Neu wird diese Tätigkeit dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Notare, insbesondere die freiberuflich tätigen, nehmen regelmässig Gründungskapital entgegen. Bei der Gründung einer GmbH genügt es gemäss Praxis, wenn das Stammkapital direkt beim Notar einbezahlt oder in bar hinterlegt wird. Demgegenüber muss bei der Gründung von Aktiengesellschaften das Gründungskapital auf ein entsprechendes Aktieneinzahlungskonto einbezahlt werden. Die Entgegennahme dieser Gelder kann jedoch auch durch einen Treuhänder vorgenommen werden, so dass nicht von einer berufsspezifischen Tätigkeit des Notars gesprochen werden kann.

2.5 Neues Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)

Gemäss der GAFI-Empfehlung 24 b sollen die Mitgliedstaaten die Aufsicht über die „non-financial businesses and professions“ sicherstellen, bei welchen das GAFI ein erhöhtes Risiko für Geldwäscherei ausmache. In den meisten in der Empfehlung des GAFI erwähnten Fällen besteht in der Schweiz kein Handlungsbedarf, weil die Tätigkeit als Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG abgedeckt ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der „Zahlungsabwickler“, unabhängig vom zu Grunde liegenden Basisgeschäft, im Auftrag des Käufers Geld entgegennimmt und an den Verkäufer weiterleitet, sofern er im fremden Namen und auf fremde Rechnung handelt, d.h. nicht selber als Käufer oder Verkäufer auftritt. Damit wird er zum Finanzintermediär. Von dieser Konstellation nicht erfasst ist das Inkasso, bei welchem im Auftrag des Gläubigers Gelder entgegengenommen und weitergeleitet werden; es ist unter geltendem Recht der Finanzintermediation nicht unterstellt und wird auch in Zukunft nicht erfasst werden.

Gemäss dem bisherigen Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG (neu Art. 2 Abs. 3 Bst. d und e VE GwG) sind der Handel mit Banknoten, Münzen, Devisen und Bankedelmetallen für eigene oder fremde Rechnung und der Handel mit Rohwaren und deren Derivaten auf fremde Rechnung als Finanzintermediation dem Geldwäschereigesetz unterstellt. In diesen Fällen handelt es sich nicht um eine eigentliche Handelstätigkeit, sondern um Geschäfte der Finanzintermediation.

Reine Handelstätigkeiten fallen bis heute nicht in den Anwendungsbereich des Geldwäschereigesetzes. In verschiedenen Branchen mit erhöhtem Risiko der Geldwäscherei sollen nun Handelstätigkeiten neu einem speziellen Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG unterstellt werden. Klarzustellen ist vorweg, dass nicht die einzelnen Branchen generell diesem neuen Geldwäschereiregime unterstellt werden, sondern die Handelstätigkeit in diesen Bereichen. Konkret geht um den Kunsthandel (Handel mit bildender Kunst), den Handel mit Rohedelsteinen, den Handel mit verarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen sowie um den Immobilienhandel.

Die Gleichschaltung von geldwäschereigefährdeten Tätigkeiten im Handelsbereich mit der eigentlichen Finanzintermediation ist sachlich nicht gerechtfertigt. Zudem wäre der damit verbundene administrative und finanzielle Mehraufwand für die betroffenen Branchen unverhältnismässig. Aus diesem Grund werden Tätigkeiten ausserhalb des Finanzsektors, welche gemäss den GAFI-Empfehlungen einen geldwäschereigefährdeten Handelssektor betreffen und einem Geldwäschereiregime

zu unterstellen sind, neu in der Schweiz in das Geldwäschereigesetz aufgenommen, aber gesondert geregelt. Die Einführung eines neuen Geldwäschereiregimes für Handelstätigkeiten ist GAFI-kompatibel: Neben der staatlichen Aufsicht und der Aufsicht durch Berufsverbände, in der Terminologie des GAFI „self regulatory organisations (SRO)“ genannt, aber mit den staatlich beaufsichtigten SRO nach GwG nicht vergleichbar, besteht auch die Möglichkeit, die Einhaltung der Sorgfalts-, Dokumentations- und meldepflichten anderweitig sicherzustellen, z.B. über gezielte Strafbestimmungen. Nach diesem Grundsatz ist das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeit aufgebaut. Im übrigen werden die entsprechenden geldwäschereigefährdeten Branchen auch in der EU nicht einem umfassenden Aufsichtsregime unterstellt werden, wie sich aus dem Vorschlag der 3. EU-Geldwäschereirichtlinie ergibt.

2.5.1 Voraussetzungen für die Unterstellung unter das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)

Vorliegend wird, neben dem bestehenden Geldwäschereiregime für die Unterstellung von Finanzintermediären, ein neues Regime für die Unterstellung von Tätigkeiten die nicht der Finanzintermediation zugerechnet werden können, sondern Handelstätigkeiten sind, geschaffen. Dieses ist durch folgende Eckpfeiler gekennzeichnet: Es handelt sich um

- eine Handelstätigkeit bei welcher keine Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG ausgeübt wird, d.h. die sich nicht auf Banknoten, Münzen, Devisen und Bankedelmetalle, sowie über eine Börse gehandelte Rohwaren und deren Derivate bezieht und
- welche gewerbsmässig ausgeübt wird und
- bei welcher Bargeld in erheblichem Wert entgegengenommen wird.

In einzelnen Branchen, welche in Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG ausdrücklich erwähnt werden, besteht gemäss den GAFI-Empfehlungen eine erhöhte Gefahr der Geldwäscherei. Aus diesem Grund werden Handelstätigkeiten im Bereich des Handels mit Rohedelsteinen, des Handels mit verarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen sowie im Immobilienhandel dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstellt. Die Unterstellung des Kunsthandels (Handel mit bildender Kunst) unter ein Geldwäschereiregime beruht auf der Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates. Der Kunsthandel wird ebenfalls dem Regime für Handelstätigkeiten unterstellt.

Zur Abgrenzung der unterstellten von der nicht unterstellten Handelstätigkeit wird im weiteren auf die Gewerbsmässigkeit abgestellt. Nur wer gewerbsmässig in diesen Branchen handelt, wird dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstellt. Die Kontrollstelle erhält für die Definition der Gewerbsmässigkeit die Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden Verordnung (vgl. dazu Kapitel 2.7.8).

In dieser Form hat die Kontrollstelle bereits den Begriff der Berufsmässigkeit im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 GwG konkretisiert²⁸.

Als drittes, kumulatives Kriterium muss die Entgegennahme von Bargeld in erheblichem Wert vorliegen. Die Festlegung des Begriffs des erheblichen Wertes erfolgt auf dem Verordnungsweg. Grundsätzlich ist auf die Empfehlungen des GAFI und auf die Bestrebungen in der EU abzustellen welche entsprechende Werte grundsätzlich bei rund CHF 25 000 festlegen.

In Bezug auf die Unterstellung der betroffenen Tätigkeiten ist hervorzuheben, dass das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten für den Eigenhandel sowie für den Handel für fremde Rechnung gilt. Der Händler tritt hier jeweils im eigenen Namen auf. Wird die betroffene Person hingegen nur als „Zahlungsabwickler“ tätig, d.h. übernimmt sie im Auftrag des Käufers in dessen Namen und auf dessen Rechnung nur die Weiterleitung des Kaufpreises, entsteht Finanzintermediation nach Art. 2 Abs. 3 GwG (vgl. Kapitel 2.4.1). Handelt dieselbe Person im fremden Namen und auf fremde Rechnung in einer Inkassokonstellation, d.h. im Auftrag des Verkäufers, ist sie weder heute noch in Zukunft dem Gesetz unterstellt.

2.5.2 Anwendbare Pflichten (Art. 2a VE GwG)

Das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten sieht in Art. 2a GwG vor, dass darunter unterstellte Personen die wichtigsten Pflichten des Geldwäschereigesetzes gemäss Art. 3ff. GwG zu beachten haben, deren Verletzung sanktioniert wird (Art. 36a VE GwG).

Da die in Art. 3 ff. GwG statuierten Sorgfaltspflichten in erster Linie für dauernde Geschäftsbeziehungen konzipiert sind, im Rahmen von Handelstätigkeiten jedoch vorwiegend Kassageschäfte²⁹ abgewickelt werden, ist eine Anwendung dieser Bestimmungen auf dieses Geldwäschereiregime nur beschränkt möglich. So kann die in Art. 5 GwG aufgeführte Pflicht zur erneuten Identifizierung und Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person nicht auch beim Geldwäschereiregime für Handelstätigkeit gelten, da diese Pflicht eine dauernde Geschäftsbeziehung voraussetzt.

Personen, welche dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstehen, haben demnach folgende Sorgfaltspflichten einzuhalten:

- *Art. 3 Abs. 1 und 2 GwG (Identifikationspflicht):* Eine Voraussetzung für die Unterstellung unter das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeit ist die Entgegennahme von Bargeld in erheblichem Wert. Aufgrund der Tatsache, dass bei Kassageschäften ab einem erheblichen Wert eine Identifikation vorzunehmen ist, muss beim Geldwäschereiregime für Handelstätigkeit in

²⁸ Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei vom 20. August 2002 über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Nichtbankensektor (VB-GwG; SR 955.20).

²⁹ Gemäss Art. 2 Bst. a der Verordnung der Kontrollstelle vom 10. Oktober 2003 über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre (GwV Kst; SR 955.16) sind Kassageschäfte „alle Bargeschäfte (insbesondere der Geldwechsel und der Verkauf von Reiseschecks), Barzeichnung von Inhaberpapieren, Geld- und Wertübertragungen sowie der Kauf und Verkauf von Edelmetallen, sofern mit diesen Geschäften keine dauernde Geschäftsbeziehung verbunden ist“.

jedem Fall eine Identifikation einer nicht bereits einmal überprüften Person vorgenommen werden. Dafür ist die Kopie eines Identifikationsdokumentes zu den Akten zu nehmen..

- *Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b GwG (Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person):* Handelsgeschäfte werden durchwegs über Kassageschäfte abgewickelt. Folglich müsste dabei gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. c GwG in jedem Fall eine schriftliche Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung eingeholt werden. Diese Pflicht wäre bei den Tätigkeiten, welche unter dieses Regime für Handelstätigkeit fallen, unverhältnismässig. Daher sollen die Unterstellten bezüglich der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten so vorgehen, wie es in Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b GwG für dauernde Geschäftsbeziehungen vorgesehen ist: Sie müssen nur dann eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung einholen, wenn die Vertragspartei nicht mit der wirtschaftlich berechtigten Person identisch ist, daran Zweifel bestehen oder die Vertragspartei eine Sitzgesellschaft ist.
- *Art. 7 GwG (Dokumentationspflicht)*
- *Art. 9 VE GwG (Meldepflicht)*

2.5.3 Sanktion bei Verletzung der Sorgfaltspflichten (Art. 36^{bis} VE GwG)

Personen und Gesellschaften, welche dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstellt sind, haben die in Art. 2a GwG aufgezählten Sorgfaltspflichten einzuhalten. Die Nichteinhaltung oder Verletzung dieser Sorgfaltspflichten wird durch eine neue Verwaltungsstrafnorm in Art. 36^{bis} VE GwG sanktioniert (vgl. Kapitel 2.7.21).

2.5.4 Unterstellte Handelstätigkeiten

2.5.4.1 Kunsthandel (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)

Das GAFI hat den Kunsthandel nicht in die revidierten Empfehlungen vom Juni 2003 aufgenommen. Eine fundierte Analyse zu dieser Frage besteht nicht, obwohl im Rahmen der Revision der GAFI-Empfehlungen darüber beraten wurde. Der Kunsthandel figuriert dagegen in der zweiten Geldwäschereirichtlinie der Europäischen Union (EU) von 2001. Gemäss Art. 2a Ziff. 6 der Richtlinie gelten die Sorgfaltspflichten für „Personen, die mit hochwertigen Gütern wie Edelsteinen und Edelmetallen oder mit Kunstwerken handeln, und Versteigerern, sofern eine Zahlung in bar erfolgt und sich der Betrag auf mindestens 15 000 Euro beläuft.“ Auch in der vorgeschlagenen 3. EU-Geldwäschereirichtlinie ist vorgesehen, dass die Sorgfaltspflichten für diese Personen gelten.

Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates forderte das Eidgenössische Finanzdepartement im Rahmen ihrer Nachkontrolle im Herbst 2003 zu der 2001 abgeschlossenen Inspektion bei der Kontrollstelle auf, bei der nächsten Revision des GwG unter anderem die Unterstellung des Kunsthandels zu prüfen. Im Weiteren wurde im Rahmen der parlamentarischen Debatte im Zusammenhang mit dem

Kulturgütertransfersgesetz (KGTG) eine Unterstellung des Kunsthandels unter das Geldwäschereigesetz grundsätzlich positiv bewertet.

Das Ausmass der Geldwäscherei im Kunsthandel lässt sich nicht exakt beziffern. Die Fachleute im Ausland und in der Schweiz stufen die Risiken der Geldwäscherei im Kunstmarkt jedoch als erheblich ein. Zudem ist hervorzuheben, dass die Schweiz hinter den Vereinigten Staaten von Amerika, Grossbritannien, Frankreich und Deutschland der fünftgrösste Kunsthandelsplatz darstellt. Grossbritannien, Frankreich und Deutschland haben die 2. EU-Geldwäschereirichtlinie innerstaatlich umgesetzt und den Handel mit Kunstwerken gewissen Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Geldwäscherei unterstellt. Die Schweiz kann es sich als eine der umsatzstärksten Kunsthandelsnationen auch aus Reputationsgründen kaum leisten, bei der Bekämpfung der Geldwäscherei im Kunsthandel abseits zu stehen.

Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG sind Personen dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstellt, die gewerbsmässig für eigene oder fremde Rechnung Werke der bildenden Kunst kaufen oder verkaufen und dabei Bargeld in erheblichem Wert entgegennehmen. Der Terminus „Werke der bildenden Kunst“ ist im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992³⁰ über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG) auszulegen. Das Abstellen auf den vorerwähnten urheberrechtlichen Begriff ist aus zwei Gründen angezeigt: Erstens dürfte die Geldwäschereif Gefahr bei diesem Typ von Kunstobjekten (etwa im Gegensatz zu literarischen Werken) am Grössten sein. Zweitens hat der Begriff „Werke der bildenden Kunst“ in der Lehre und Praxis klare Konturen, was die Anwendung des Geldwäschereigesetzes erleichtert. In Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG ist präzisierend festzuhalten, dass es für die Unterstellung unter das Geldwäschereiregime unerheblich ist, ob die urheberrechtliche Schutzfrist von 70 Jahren gemäss Art. 29 Abs. 2 Bst. b URG bereits abgelaufen ist oder nicht. Aus diesem Grund fällt auch der Handel mit sehr alten Werken der bildenden Kunst (archäologische und ethnologische Kunstobjekte) in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG. Im Weiteren unterscheidet Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG nicht zwischen gewöhnlichen Kaufverträgen und den insbesondere von Auktionshäusern praktizierten Steigerungskäufen. Eine Versteigerung unterscheidet sich nämlich von einem gewöhnlichen Kaufvertrag nur in Bezug auf das Verfahren der Preisbildung, nicht aber in materiellrechtlicher Hinsicht.

Von Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG nicht erfasst sind dagegen Künstler, die ihre eigenen Werke direkt verkaufen und im Einzelfall Bargeld entgegennehmen. Bei solchen Sachverhalten fehlt es bereits an einer Handelstätigkeit (Kauf zum Zwecke des Wiederverkaufs).

Mit der Unterstellung von im Bereich des Handels mit bildender Kunst tätigen Personen unter das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten wird auch das Postulat 01.3514 von NR Hans Widmer behandelt; dieses verlangt vom Bundesrat, "den eidgenössischen Räten über Möglichkeiten und Ausmass der Geldwäscherei unter Ausnützung des Kunsthandels und des Schmuckhandels Bericht zu erstatten und Massnahmen zu prüfen, wie der Geldwäscherei in diesem Bereich begegnet werden kann". Die Risiken der Geldwäscherei im Kunst- und Schmuckhandel wurden im Rahmen der Vorarbeiten zur Revision des GwG geprüft. Angesichts des erheblichen

³⁰ SR 231.1.

Risikopotentials schlägt der Bundesrat im Rahmen dieser Vorlage vor, den Kunst- und Schmuckhandel über Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten zu unterstellen. Das Postulat ist somit erfüllt und kann als erledigt abgeschrieben werden.

Der Klarheit halber ist darauf hinzuweisen, dass dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten nur der Handel mit Werken der bildenden Kunst unterstellt ist, sofern keine Finanzintermediation im Sinne von Art 2 Abs. 3 Bst. b GwG vorliegt: Wie oben in Kapitel 2.4.1 dargelegt wurde, ist die Erbringung von Zahlungsverkehrsdienstleistungen in fremdem Namen und auf fremde Rechnung im Bereich des Kunsthandels als Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG zu qualifizieren. Dies gilt sowohl für Barzahlungen als auch für elektronische Überweisungen.

Von Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG nicht erfasst werden Fälle des Inkassos. Diese sind bis anhin dem Geldwäschereigesetz nicht unterstellt und werden auch künftig nicht unterstellt werden. Handelt der Kunsthändler im fremden Namen und im Auftrag des Verkäufers, indem er beim Schuldner (Käufer) das Geld einzieht und an den Verkäufer weiterleitet, so betreibt er nach bisher geltender Praxis der Kontrollstelle, die in Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG überführt wird, keine Finanzintermediation. Diese Konstellation des Inkassos soll auch in Zukunft vom Geldwäschereigesetz nicht erfasst werden.

2.5.4.2 Handel mit Rohedelsteinen sowie verarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)

Das GAFI sieht im Edelmetall- und Edelsteinhandel, insbesondere aber auch im Detailhandel ein hohes Geldwäschereirisiko. Es bezieht sich dafür auf den GAFI-Bericht über die Typologien 2002–2003³¹.

Der Edelsteinhandel nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG erfasst sowohl den Handel mit verarbeiteten Edelsteinen wie auch mit Rohedelsteinen. Rohedelsteine sind im Gegensatz zu den Bankedelmetallen in keiner Weise generell als Finanzinstrumente zu qualifizieren. Das für die Qualifikation eines Finanzproduktes erforderliche und bei Bankedelmetall und den börslich gehandelten Rohwaren zu bejahende Merkmal der Fungibilität ist bei Rohedelsteinen nicht gegeben. Fungibilität bedeutet „vollständig gleichmässige Beschaffenheit, so dass einzelne Stücke oder Mengen untereinander ausgetauscht werden können“ (Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 468). So ist bei Rohedelsteinen deren Qualität bezüglich Endgewicht und Schliff nicht im Voraus bestimmbar. Ein offizieller Kurs wie bei den Edelmetallen existiert für Rohedelsteine somit nicht. Auch für geschliffene Edelsteine gibt es keine offiziellen Kurse. Es existieren lediglich brancheninterne, von privaten Handelsfirmen herausgegebene Listen mit Richtpreisen für geschliffene Steine.

Als weiteres starkes Indiz, welches gegen eine generelle Qualifizierung der Rohedelsteine als Finanzinstrument spricht, ist die Tatsache, dass der

³¹ Report of Money Laundering Typologies 2002-2003 vom 14. Februar 2003, S. 19, Ziff. 45: http://www.fatf-gafi.org/pdf/TY2004_en.PDF

Rohedelsteinhandel auch auf internationaler Ebene nicht dem Finanzsektor zugerechnet wird. So wird diese Tätigkeit beispielsweise auf der von der WTO im Zusammenhang mit dem GATS erstellte „Service Sectoral Classification List (W120-Liste) nicht unter der Rubrik „Financial Services“ aufgeführt. Gemäss der „Central Product Classification“ (CPC) der UN Statistics Division werden „precious and semi-precious stones“ unter der Rubrik „Other minerals“ geführt. Der Handel mit „non-metallic minerals“ wird unter der Rubrik „Distributive trade service“ und nicht unter „Financial and related services“ erwähnt³². Aus diesen Gründen wird der Handel mit Rohedelsteinen nicht generell als Finanzintermediation in einer litera von Art. 2 Abs. 3 GwG aufgenommen.

Wie unter Kapitel 2.4.1 dargelegt, ist jedoch die Erbringung von Zahlungsverkehrsdienstleistungen im Bereich des Rohedelsteinhandels als Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG zu qualifizieren. Dies gilt sowohl für Barzahlungen als auch für elektronische Überweisungen. Daher erübrigt sich eine explizite Erwähnung dieser Tätigkeiten im Gesetz.

Rohedelsteine zeichnen sich allgemein durch eine hohe Wertbeständigkeit und eine damit verbundene einfache Übertragbarkeit aus. Es liegt eine hohe Liquidität der Materialien und Gegenstände vor. Beim Endverkauf in Spezialgeschäften können Bartransaktionen mit hohen Summen ein Problem darstellen. Geld aus kriminellen Machenschaften kann hier sehr schnell gegen einen gut transportierbaren Wertgegenstand eingetauscht werden. Aus diesem Grund werden die von Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG nicht erfassten Fälle des gewerbsmässigen Handels mit Rohedelsteinen dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstellt.

Sodann werden mit dem neuen Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG Personen unterstellt, die gewerbsmässig Handel mit verarbeiteten Edelmetallen und Edelsteinen betreiben. Das führt zu einer Unterstellung von Personen im Detailhandel, insbesondere von Bijoutiers unter das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeit. Mit diesen Bestimmungen wird den oben erwähnten Erkenntnissen bezüglich der Geldwäschereigefahr in diesen Branchen sowie dem damit verbundenen Anliegen des GAFI Rechnung getragen, wonach in diesem Bereich möglichst die gesamte „Kette“ den Sorgfaltspflichten unterstellt sein sollte.

Aufgrund der Tatsache, dass im Schmuckdetailhandel oft hohe Kaufpreise bar bezahlt werden und dass vor allem, wie erwähnt, solche Geschäfte besonders geldwäschereigefährdet sind, wird die Unterstellung des Detailhandels auf Bartransaktionen ab einem erheblichen Wert beschränkt, womit auch dem Wortlaut der GAFI-Empfehlung 12 c Genüge getan wird. Ein Lösungsansatz, bei dem die Unterstellung des Detailhandels vom Preis der angebotenen Schmuckstücke abhängig gemacht wird, erscheint nicht zweckmässig, da er Umgehungstatbestände wie den Massenkau nicht erfassen würde.

³² Die Kontrollstelle verwendet auf internationaler Ebene erstellte Listen regelmässig als Auslegungshilfen bei der Festlegung des Begriffs des Finanzsektors (vgl. Internetpublikation der Kst „Tätigkeit auf dem Finanzsektor als Voraussetzung einer Unterstellung über die Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG“ vom 4. November 2003).

2.5.4.3 Immobilienhandel (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG)

Der Wortlaut der GAFI-Empfehlung 12 b fordert die Unterstellung von allen Dienstleistungen im Bereich des Immobilienhandels, sofern Hilfeleistungen bei der Transaktionsabwicklung vorliegen. Das bedeutet, dass im Gegensatz zum heute geltenden Regime ein Immobilienmakler, der von einem potentiellen Hausverkäufer mit der Vermittlung eines Käufers beauftragt wird und anschliessend im Auftrag des Verkäufers beim Käufer den Kaufpreis oder einen Teil davon einkassiert, einem Geldwäscheregime unterstellt werden sollte. Dasselbe gilt für einen Immobilienhändler, der in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung Immobilien kauft und verkauft (analog dem Einkauf- und Verkaufskommissär). Nach der bestehenden Auslegung der Kontrollstelle zu Art. 2 Abs. 3 GwG unterstehen diese beiden Fälle dem Geldwäschereigesetz heute nicht.

Die im neuen Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG überführte Praxis der Kontrollstelle erfasst die beiden Fälle ebenfalls nicht. Es handelt sich nicht um eine eigentliche Finanzintermediation im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b VE GwG. Handel im eigenen Namen im Immobilienbereich begründet eine Handelstätigkeit. Sie wird dem Geldwäscheregime für Handelstätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG unterstellt. Weiterhin nicht erfasst werden soll hingegen der Immobilienhändler, der im fremden Namen das Inkasso des Kaufpreises übernimmt.

Beim Erlass des Geldwäschereigesetzes wurde der Immobiliensektor vom Gesetz nicht erfasst, der Anwendungsbereich wurde bewusst auf den Finanzsektor beschränkt, da dieser besonders geldwäschereifährdet ist. In der Botschaft zum Geldwäschereigesetz wird jedoch ausdrücklich erwähnt, dass im Falle von neuen Erkenntnissen bezüglich der Geldwäschereifahr in anderen Sektoren (u.a. Liegenschaftshandel) eine Erweiterung des Geltungsbereiches des Gesetzes denkbar sei³³. Aufgrund konkreter Fälle besteht in der Schweiz die Gefahr, dass der Immobilienhandel für Geldwäschereizwecke missbraucht werden kann.

Dem Geldwäscheregime für Handelstätigkeiten werden Personen, die Handel im eigenen Namen mit Immobilien betreiben, unterstellt, sofern sie gewerbsmässig tätig sind und Bargeld in erheblichem Wert entgegennehmen. Die GAFI-Empfehlungen erfassen den Immobilienhandel auf eigene Rechnung zwar nicht, doch wäre die Nichtunterstellung in diesem Bereich nicht konsequent. Würde man die Unterstellung auf Geschäfte beschränken, bei denen auf fremde Rechnung gehandelt wird, würde der klassische Immobilienspekulant nicht erfasst. Dies wäre aufgrund der erwähnten Geldwäschereifahr in dieser Branche nicht gerechtfertigt.

Der Kauf, die Sanierung und der Weiterverkauf von Liegenschaften allgemein sollen nicht unter das Geldwäscheregime für Handelstätigkeit fallen, solange der Eigenhandel nicht gewerbsmässig ist oder kein Bargeld entgegengenommen wird. Nicht unterstellt ist damit insbesondere der Handel mit einer Immobilie, welche jemand zum Eigengebrauch erwirbt, diese einige Zeit selber nutzt, allenfalls wertvermehrend um- oder ausbaut und sie schliesslich gewinnbringend weiterverkauft.

³³ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1101 (1115f.).

Die Funktion der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei als „Selbstregulierungsorganisation“ gegenüber den direkt unterstellten Finanzintermediären einerseits und als Aufsichtsbehörde gegenüber den Selbstregulierungsorganisationen andererseits, hat zu Fragen Anlass gegeben. Befürchtet werden Ungleichbehandlungen zwischen direkt unterstellten Finanzintermediären und den einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossenen Finanzintermediären. Die GPK-N forderte das EFD in ihrem Bericht vom 21. November 2003 auf, diese Doppelfunktion der Kontrollstelle zu hinterfragen.

Das Gesetz sieht die Kontrollstelle als „Auffangeinrichtung“ für Finanzintermediäre vor, welchen aufgrund ihrer Branchenzugehörigkeit oder ihrer Landessprache keine Selbstregulierungsorganisation entspricht. Zudem besteht damit für Finanzintermediäre, die kritisch gegenüber Selbstregulierungsorganisationen eingestellt sind, die Wahl, sich staatlich statt privatrechtlich überwachen zu lassen. Diese Wahlfreiheit für die Finanzintermediäre ist bereits in der Botschaft vom 17. Juni 1996 zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Botschaft zum GwG, BBl 1996 III 1101) zu Art. 14 Abs. 3 GwG explizit vorgesehen und betont die Gleichwertigkeit der Kontrollstelle als direkte Aufsichtsbehörde gegenüber den Selbstregulierungsorganisationen.

Der vollständige Verzicht auf die Kontrollstelle als Aufsichtsbehörde für direkt unterstellte Finanzintermediäre würde als logische Folge eine Aufnahmepflicht der Selbstregulierungsorganisationen bedingen. Es ginge nämlich nicht an, dass eine Tätigkeit im Finanzbereich nur ausgeübt werden könnte, wenn eine Selbstregulierungsorganisation gewillt wäre, die fragliche Person oder Unternehmung als Mitglied aufzunehmen. Es müsste daher ein Aufnahmewang ins Gesetz aufgenommen werden, der jedoch von den Betroffenen wiederum als höchst unerwünscht betrachtet wird. Mit oder ohne Aufnahmepflicht entstünde zudem eine Machtpolarisierung der Selbstregulierungsorganisationen gegenüber den Finanzintermediären, die nur durch die Beibehaltung des heutigen Systems verhindert werden kann.

Die Vereinigungsfreiheit gewährleistet zudem in Art. 23 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), dass niemand gezwungen werden darf, einer Vereinigung beizutreten oder anzugehören. Einschränkungen dieses Grundrechts bedürfen gemäss Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage und müssen durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Zudem gilt das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde im Geldwäschereigesetz für Anwälte und Notare vorgesehen, weil das Interesse an der strikten Wahrung des Berufsgeheimnisses höher gewertet wurde als die Vereinigungsfreiheit der Anwälte und Notare, die sich als Finanzintermediäre betätigen. Für eine weitergehende Einschränkung dieser Freiheit für alle Finanzintermediäre im Parabankenbereich gibt es jedoch keine überzeugenden Gründe, weshalb eine derartige Einschränkung verfassungswidrig wäre.

Eine Regelung, wonach eine Direktaufsicht nur zugelassen würde, wenn es dem Finanzintermediär nicht möglich oder zumutbar ist, sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen, hätte ihrerseits unzumutbare Folgen für die Finanzintermediäre. Dies schon nur, weil die Selbstregulierungsorganisationen, als privatrechtliche Vereine, keine Aufnahmepflicht kennen. Ein Fi-

nanzintermediär wäre unter Umständen verpflichtet, bei allen anerkannten Selbstregulierungsorganisationen ein Aufnahmegesuch zu stellen oder der Kontrollstelle die Unzumutbarkeit eines Anschlusses nachzuweisen. Dass dies mit einem enormen zusätzlichen administrativen Aufwand verbunden wäre, liegt auf der Hand. Die dadurch entstehende zeitliche Verzögerung ist ebenfalls unzumutbar.

Die Doppelfunktion wird von der Kontrollstelle als Chance wahrgenommen. Als Verwaltungsbehörde kontrolliert sie die privatrechtlich organisierten Selbstregulierungsorganisationen. Dies beinhaltet auch deren Begleitung und Unterstützung im Zusammenhang mit Fragen und Problemen, die sich mit den Mitgliedern der Selbstregulierungsorganisationen stellen. Damit die Kontrollstelle diese Beratungsfunktion sachgerecht und realitätsbezogen wahrnehmen kann, ist sie auf eigene praktische Erfahrungen auf dem Finanzmarkt angewiesen. Durch die direkt unterstellten Finanzintermediäre ist der praxisorientierte Bezug gewährleistet, ohne dass die Kontrollstelle ihre notwendige Unabhängigkeit verliert. Dieser Realitätsbezug ermöglicht es der Kontrollstelle, die Anforderungen an die Selbstregulierungsorganisationen zu definieren. Durch die eigene Wahrnehmung der spezifischen Schwierigkeiten bei der Überwachung gerät die Kontrollstelle nicht in Gefahr, gegenüber den Selbstregulierungsorganisationen zu hohe Anforderungen an die Qualität der Aufsicht zu fordern.

Ungleichbehandlungen zwischen direkt unterstellten Finanzintermediären und denjenigen, die einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossen sind, müssen jedoch möglichst vermieden werden. Bei den vorliegenden Änderungen des Geldwäschereigesetzes wird deshalb in mehreren Punkten das Ziel verfolgt, die Gleichbehandlung von Finanzintermediären noch besser zu gewährleisten. So zum Beispiel im Bereich des Informationsaustauschs zwischen den Aufsichtsbehörden und den Selbstregulierungsorganisationen: Dieser soll ausgebaut und vereinfacht werden. Dadurch wird eine engere Zusammenarbeit gefördert.

Allerdings können nicht alle Unterschiede in der Behandlung der Finanzintermediäre beseitigt werden. Dies liegt hauptsächlich daran, dass die Kontrollstelle als Verwaltungsbehörde von Gesetzes wegen gewisse Verfahren und Abläufe einzuhalten hat, während die Selbstregulierungsorganisationen ihre Verfahren selbst regeln können. Zudem ist hier zu erwähnen, dass auch unter den Selbstregulierungsorganisationen Unterschiede in der Behandlung ihrer Mitglieder bestehen. Da das Geldwäschereigesetz als Rahmengesetz geschaffen wurde, haben die Selbstregulierungsorganisationen einen verhältnismässig grossen Spielraum in der Ausgestaltung ihrer Statuten und Reglemente. Alle elf von der Kontrollstelle anerkannten Selbstregulierungsorganisationen nutzen diesen Spielraum auf andere Art und Weise und unterscheiden sich dadurch teilweise wesentlich. Die systembedingte ungleiche Behandlung von Finanzintermediären durch die Kontrollstelle und die Selbstregulierungsorganisationen ist nicht grösser als diejenige, die sich aufgrund der Divergenzen in den Reglementen zwischen den Selbstregulierungsorganisationen ergibt. Sie darf deshalb nicht überbewertet werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Doppelfunktion der Kontrollstelle nicht nur dem Willen des Gesetzgebers von 1997 entspricht, sondern für die Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags und aus verfassungsrechtlicher Sicht sogar notwendig ist. Es soll deshalb weiterhin daran festgehalten werden.

2.7 Weitere Anpassungen des GwG

2.7.1 Übersicht

In den ersten Jahren der Anwendung des GwG zeigte sich, dass bei diesem Gesetz in verschiedener Hinsicht Anpassungsbedarf besteht, obwohl es bereits heute weitgehend mit den neuen Anforderungen des GAFI im Einklang steht. Nachdem die wichtigsten Bedürfnisse abgeklärt worden sind, werden zu folgenden Punkten Anpassungen vorgenommen: Verbesserung des Informationsaustauschs, Anpassung gewisser Artikel an veränderte Verhältnisse (Formalisten), bessere Absicherung im Datenschutzbereich sowie weitere Änderungen in verschiedenen Bestimmungen. Es handelt sich um gezielte Vorschläge zur Verbesserung des Funktionierens des Regelwerks und nicht um grundlegende Änderungen des bisherigen Systems. Mit den vorliegenden Änderungsvorschlägen soll, wo nötig, auch die Konformität mit den revidierten GAFI-Empfehlungen erreicht werden.

2.7.2 Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 VE GwG)

In Art. 4 Abs. 1 VE GwG wird neu der in der Schweiz seit langem bekannte und in der Praxis auch angewandte Grundsatz der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person im Gesetz verankert. Dieser Grundsatz gilt für Banken bereits aufgrund der VSB (Art. 3). Auch für den Parabankensektor hat er bereits heute seine Gültigkeit. Es handelt sich daher nicht um eine Änderung der bisherigen Rechtslage, sondern um eine gesetzliche Klarstellung. Bis anhin waren im bestehenden Geldwäschereigesetz nur die Spezialfälle verankert, in welchen der Finanzintermediär eine schriftliche Erklärung einholen muss. Durch Auslegung galt der Grundsatz aber bereits nach geltendem Recht.

Mit der Aufnahme des Grundsatzes der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten wird die GAFI-Empfehlung 5 b formell auf Gesetzesstufe umgesetzt. Die Empfehlung enthält den Grundsatz, dass die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte Person festgestellt werden muss. Als Grundregel muss die wirtschaftlich berechtigte Person immer bekannt sein (Abs. 1 der Empfehlung). Im Sinne eines risikobasierten Ansatzes können in genau umschriebenen Fällen Erleichterungen gewährt werden (Abs. 3 der Empfehlung). Die Möglichkeit, die Geschäftsbeziehungen und die Transaktionen nach ihrem jeweiligen Risiko zu kategorisieren, entspricht einer organisatorischen Massnahme und kann auf Verordnungsstufe geregelt werden.

Die bestehende Regelung zur Einholung einer schriftlichen Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten wird von Art. 4 Abs. 1 GwG unverändert zu Art. 4 Abs. 2 VE GwG.

Neu werden in Art. 4 Abs. 3 VE GwG in den Buchstaben a – c die Ausnahmen der Einholung einer schriftlichen Erklärung festgehalten. Ausnahmen der Einholung einer schriftlichen Erklärung können gewährt werden, wenn die Abklärung der wirtschaftlich berechtigten Person keinen Sinn macht wie bei spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzintermediären (vgl. Buchstabe a), bei einem ausländischen Finanzintermediär, welcher einer gleichwertigen Aufsicht und Regelung untersteht (vgl. Buchstabe b) und bei steuerbefreiten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge

(vgl. Buchstabe c). Bis anhin war die Möglichkeit einer Erleichterung für Banken in der VSB vorgesehen und für andere Finanzintermediäre nur auf Verordnungsstufe festgehalten. Verschiedene SRO's zweifelten an der gesetzlichen Grundlage, und zögerten deshalb, in ihren Reglementen eine ähnliche Ausnahme vorzusehen. Mit der formellen Verankerung dieser Ausnahme soll für alle Beteiligten dasselbe gelten.

Der bestehende Art. 4 Abs. 2 GwG wird zu Art. 4 Abs. 4 VE GwG.

2.7.3 Vermögenswerte von geringem Wert (Art. 7a VE GwG)

Vor dem Hintergrund des risikobasierten Ansatzes bei der Bekämpfung der Geldwäscherei wird ein neuer Art. 7a VE GwG als Bagatellklausel in das Geldwäschereigesetz aufgenommen. Diese Bagatellklausel bezieht sich nicht auf die Unterstellung der Finanzintermediäre, sondern auf die Sorgfaltspflichten. Damit soll eine de minimis-Regel, wie sie in Art. 3 Abs. 2 GwG für Kassageschäfte vorgesehen ist, auch für gewisse Dauerbeziehungen eingeführt werden. Der Finanzintermediär soll von der Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach Art. 3-7 GwG auch bei Dauerbeziehungen entbunden werden, wenn es sich dabei nur um Beträge von geringem Wert handelt und die Rechtmässigkeit der Geschäftsbeziehung erkennbar ist.

Eine solche Bagatellklausel trägt dazu bei, dass neu aufkommende Märkte respektive Finanzprodukte mit sehr geringer Geldwäschereifahr wie das e-money (elektronisches Konto zur Bezahlung von Dienstleistungen aus dem Internet) in der Schweiz Fuss fassen und aufgebaut werden können.

Um die Gefahr der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung ausschliessen zu können, wird auf die Voraussetzung der Erkennung der Rechtmässigkeit und auf einen geringen Wert des Vermögenswertes abgestellt. Es wird die Aufgabe der Aufsichtsbehörden sein, in ihren Verordnungen die Bedingungen so festzulegen, dass die definierten geringen Beträge nicht kumuliert werden können. Es darf technisch nicht möglich sein, mehr als den festgelegten Betrag auf einmal zu bezahlen. Ebenso muss eine unter Umständen mögliche Kumulierung der Betragslimite verhindert werden können.

2.7.4 Meldepflicht (Art. 9 Abs. 1 VE GwG)

Verdachtsmeldungen gemäss Art. 9 Abs. 1 VE GwG betreffen Vermögenswerte, welche im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Artikel 305^{bis} StGB stehen, aus einem Verbrechen herrühren, der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen (Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB) oder der Terrorismusfinanzierung dienen (Art. 260^{quinqies} Abs. 1 StGB). Diese Meldungen sind immer an die Meldestelle und nicht an eine Strafverfolgungsbehörde zu richten. Die Vorteile liegen einerseits in der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden vor solchen Meldungen und andererseits ist die spezialisierte Fachstelle in der Lage, wirklich geldwäschereiverdächtige von weniger substanziellen Sachverhalten zu unterscheiden und so eine effiziente Vorprüfung (Art. 23 Abs. 2 GwG) für die

Strafverfolgungsbehörden vorzunehmen. Im weiteren schreibt GAFI-Empfehlung Nr. 26 vor, dass solche Meldungen an eine zentrale nationale Behörde (eine Meldestelle) - und nicht direkt an eine Strafverfolgungsbehörde - zu richten sind.

Der besseren Übersicht wegen werden die verschiedenen Meldegründe nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a VE GwG in verschiedenen Ziffern aufgelistet.

Der Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung kann bereits vor dem eigentlichen Vertragsabschluss und damit vor der Eröffnung einer Geschäftsbeziehung aufkommen. Wird in einem solchen Fall einfach keine Geschäftsbeziehung eröffnet, ohne dass eine Verdachtsmeldung erstattet wird, besteht die Gefahr weiter, dass das Geld anderweitig auf den Finanzplatz gelangt, ohne dass die Behörden Kenntnis von einem möglichen Geldwäschereiverdacht haben. Daher soll gemäss der GAFI-Empfehlung 13 in Verbindung mit der Empfehlung 5 Meldung erstattet werden, wenn sich ein Verdacht im Rahmen der Zeitspanne der Vorbereitungsphase vor der eigentlichen Eröffnung der Geschäftsbeziehung ergibt. Das Ziel ist, dass die Meldestelle und gegebenenfalls die Strafuntersuchungsbehörden informiert werden und die entsprechenden Massnahmen eingeleitet werden können. Aus diesem Grund wird die Verpflichtung, Meldung zu erstatten, neu in Art. 9 Abs. 1 Bst. b VE GwG für alle Finanzintermediäre auch auf Situationen ausgedehnt, in welchen die Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung vor der eigentlichen Eröffnung der Geschäftsbeziehung abgebrochen werden. Damit soll verhindert werden, dass die Meldepflicht durch Abbruch der Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung umgangen werden kann. Erfasst wird die Zeit während den teilweise wochen- oder sogar monatelangen Verhandlungsphasen vor dem Vertragsabschluss. Erste Gespräche während der Zeitspanne, in welcher der Finanzintermediär auch noch nicht genügend Informationen hat, um eine Meldung erstatten zu können, sind nicht betroffen. Diesfalls hat der Finanzintermediär aber immer noch die Möglichkeit, vom Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB Gebrauch zu machen. Selbstverständlich muss auch in diesem Fall nur bei begründetem Verdacht Meldung erstattet werden; dies bedingt wie erwähnt, dass der Finanzintermediär über die entsprechenden Informationen und Angaben verfügen muss. Der Begriff des „Verhandlungsabbruchs“ ist im übrigen unter den Banken aufgrund von Art. 24 GwV EBK bereits bekannt.

2.7.5 Vermögenssperre (Art. 10 VE GwG)

Neu werden die beiden Pflichten der Vermögenssperre und des Informationsverbotes, welche bisher in Art. 10 GwG festgelegt sind, in zwei separaten Bestimmungen geregelt (Art. 10 VE GwG Vermögenssperre und Art. 10a VE GwG Informationsverbot). Die Pflichten bei Geldwäschereiverdacht sind klar, deutlich und systematisch im Gesetz aufzuführen. Die Meldepflicht, die Pflicht zur Vermögenssperre und das Informationsverbot stehen in engem Zusammenhang und bilden ein System. Die Regelung in einzelnen Artikeln dient der Übersicht.

Art. 10 VE GwG muss den Neuerungen von Art. 9 Abs. 2 VE GwG angepasst werden. Es wird klargestellt, dass die Vermögenssperre, sofern faktisch möglich, auch für Vermögenswerte nach Art. 9 Abs. 2 VE GwG gelten soll. Das heisst, wenn der Finanzintermediär ausnahmsweise bereits im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen über Vermögenswerte verfügt, muss er diese bei einer

Meldung an die Meldestelle ebenfalls sperren. Eine weitergehende Pflicht (etwa zur möglichst frühen Annahme von Vermögenswerten) besteht nicht.

Das Informationsverbot gemäss Art. 10 Abs. 3 GwG wird neu in Art. 10a VE GwG separat geregelt.

2.7.6 Informationsverbot (Art. 10a VE GwG)

Das Informationsverbot wird neu in einem eigenen Artikel geregelt und damit thematisch von der Vermögenssperre getrennt. Materiell wird neu die bereits geltende Praxis verankert, wonach der Finanzintermediär, der nicht in der Lage ist, die betroffenen Vermögenswerte zu sperren, den sperrfähigen Finanzintermediär informieren darf. Zu denken ist beispielsweise an Vermögensverwalter, die in der Regel nur beschränkt über die von ihnen verwalteten Vermögen verfügen können, eine Verfügung von dritter Hand im Gegensatz zur depotführenden Bank aber nicht verhindern können. Ihnen ist es aus faktischen Gründen nicht möglich, Vermögenswerte bei einer Meldung zu sperren. Diese Sperre kann nur von der konto- resp. depotführenden Bank ausgeführt werden. Aufgrund des geltenden Informationsverbotes dürften Vermögensverwalter im Grunde die entsprechende Bank nicht informieren. Diese Rechtslage ist unbefriedigend, stellt die Vermögenssperre doch ein Grundprinzip der schweizerischen Geldwäschereiabwehr dar. Die Vermögenssperre ermöglicht Strafbehörden den Zugriff auf möglicherweise inkriminierte Vermögenswerte und dient der Abklärung der Herkunft solcher Vermögenswerte. Aus diesen Gründen soll dem Finanzintermediär, der nicht in der Lage ist, die Vermögenswerte zu sperren, das Recht gegeben werden, den sperrfähigen Finanzintermediär über seine erfolgte Meldung zu informieren.

Die Vermögenssperre ist eine primäre Pflicht im Schweizerischen System der Geldwäschereibekämpfung. Das Informationsverbot dient unter anderem dem Schutz der Vermögenssperre. In Ausnahmesituationen wie im vorgängigen Beispiel des aus faktischen Gründen nicht sperrfähigen Vermögensverwalters kann das Informationsverbot die Vermögenssperre jedoch auch verhindern.

In der Praxis und in der Lehre wurde der Ruf nach einer speziellen Regelung, welche dieser Ausnahmesituation gerecht wird, immer grösser. Dies beruht auf der Tatsache, dass in der Schweiz viele Vermögensverwalter tätig sind. Bis anhin wurde durch entsprechende Auslegung des Gesetzes die Information eines nicht sperrfähigen Finanzintermediäres (z.B. Vermögensverwalter) gegenüber einem verfügungsberechtigten (z.B. Bank) nach erfolgter Meldung zugelassen.

Nun soll dieses bereits heute durch Gesetzesauslegung ermöglichte Verhalten durch eine Gesetzesgrundlage im formellen Sinn verankert werden (Art. 10a Abs. 2 VE GwG). Die Vermögenssperre hat für die Strafverfolgungsbehörden und ausserpolitisch grosse Bedeutung. Um wirksam gegen Geldwäscherei und die Terrorismusfinanzierung vorzugehen, ist deshalb die Durchsetzung der Vermögenssperre prioritär. Das Informationsverbot wird durch die Erlaubnis des nicht sperrfähigen Finanzintermediärs den sperrfähigen zu informieren, nur leicht eingeschränkt. Zudem ermöglicht das Informationsrecht in diesem Ausnahmefall erst, den sperrfähigen Finanzintermediär über einen Sachverhalt, der einen begründeten Verdacht auslöste, zu informieren.

Selbstverständlich ist die Ausnahme vom Informationsverbot auf den sperrfähigen Finanzintermediär beschränkt, was aus dem Gesetzestext klar hervorgeht. Auch selbstverständlich ist die Beschränkung auf sperrfähige Finanzintermediäre, die dem GwG unterstellt sind, denn nur bei diesen ist gewährleistet, dass sie ihrerseits die Pflichten des GwG kennen und anwenden. Ebenso ist klar, dass diese Informationserlaubnis erst nach erfolgter Meldungserstattung gewährt wird. Weitere Personen, insbesondere der Kunde, dürfen jedoch auch in diesem Fall nicht über die Meldung informiert werden.

Erhält der sperrfähige Finanzintermediär die Informationen über die Meldung, löst dies eine Pflicht zu besonderen Abklärungen aus. Ob die Information für einen eigenen begründeten Verdacht des sperrfähigen Finanzintermediärs ausreicht oder nicht, liegt in der Eigenverantwortung des informierten Finanzintermediärs. Besteht ein begründeter Verdacht, ist er zur eigenständigen Meldung und zur Vermögenssperre verpflichtet. In seiner Meldung an die Meldestelle hat er auf den Informationsgeber und dessen Meldung hinzuweisen. Hat er keinen eigenen begründeten Verdacht, verpflichtet die Information über die Meldung nicht zu einer Vermögenssperre. Das geltende System, wonach die Pflicht zur Vermögenssperre nur durch eine Meldung ausgelöst wird, bleibt bestehen.

2.7.7 Straf- und Haftungsausschluss (Art. 11 Abs. 1 und 2 VE GwG)

Die Änderung des Gesetzeswortlautes von Art. 11 Abs. 1 VE GwG dient lediglich der Klarstellung und ändert inhaltlich nichts. Die heutige Formulierung kann den Eindruck erwecken, dass auch die Meldung nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB eine Vermögenssperre nach sich ziehe. Dies ist heute nicht der Fall und auch in Zukunft nicht gemeint. Die Pflicht zur Vermögenssperre wird nur bei Meldungen nach Art. 9 GwG ausgelöst. Aus diesem Grund wird die Formulierung der Bestimmung leicht abgeändert.

Da die Personen, welche dem Regime für Handelstätigkeiten unterstellt sind, gemäss dem neuen Art. 2a VE GwG ebenfalls verpflichtet werden, die Meldepflicht nach Art. 9 einzuhalten, muss im Umkehrschluss auch der Straf- und Haftungsausschluss auf diese Personen ausgedehnt werden. Dafür wird ein neuer Abs. 2 von Art. 11 VE GwG eingeführt. Die Regelung des Straf- und Haftungsausschlusses für Handelstätige in einem separaten Absatz ist nötig, weil sie grundsätzlich einem anderen Regime als die Finanzintermediäre unterstellt sind. Von den in Art. 11 Abs. 1 GwG aufgezählten Pflichten und Möglichkeiten gilt für sie nur gerade die Meldepflicht. Hingegen besteht keine Verpflichtung zur Vermögenssperre. Die Lehre ist zudem der Ansicht, dass Artikel 305^{ter} Absatz 2 StGB nur für Finanzdienstleister gilt.

2.7.8 Aufgaben der Kontrollstelle (Art. 18 Bst. g und h VE GwG)

In Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG wird ein neues Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten eingeführt. Diesem Regime unterstellte Personen und Gesellschaften haben verschiedene Sorgfalts-, Dokumentations- und Meldepflichten

des Geldwäschereigesetzes zu erfüllen (Art. 2a VE GwG). Die anwendbaren Sorgfaltspflichten können nur zum Teil vollständig und unverändert auf das Regime für Handelstätigkeiten übertragen werden. Eine detaillierte Regelung im Gesetz wäre zudem mit dessen Charakter als Rahmengesetz nicht vereinbar. Mit dem neuen Buchstaben g von Art. 18 VE GwG erhält die Kontrollstelle die Kompetenz, auf dem Verordnungsweg dieses Geldwäschereiregime und die anwendbaren Sorgfaltspflichten zu konkretisieren.

Dem Geldwäschereiregime für Handelstätigkeiten unterstehen nur Personen, die eine der in Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG aufgeführten Tätigkeiten gewerbsmässig ausüben. In einem neuen Buchstaben h von Art. 18 VE GwG erhält die Kontrollstelle die Kompetenz, den Begriff der Gewerbsmässigkeit in einer Verordnung zu konkretisieren. Kumulativ zur Gewerbsmässigkeit muss das Kriterium der Entgegennahme von Bargeld in erheblichem Wert erfüllt sein (Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG). Ebenfalls in Buchstabe h von Art. 18 VE GwG wird die Kontrollstelle ermächtigt, den erheblichen Wert auf dem Verordnungsweg festzulegen.

2.7.9 Öffentliches Verzeichnis (Art. 18a VE GwG)

Neu wird eine gesetzliche Grundlage für die Internetpublikation der Finanzintermediäre verankert, die entweder einer SRO angeschlossen sind oder eine Bewilligung der Kontrollstelle besitzen. Es handelt sich um die Einführung einer formellen gesetzlichen Grundlage. Bis anhin besteht nur eine materielle rechtliche Bestimmung in Art. 7/8 der RegV-GwG.

Gerade auf dem Finanzmarkt besteht ein grosses Bedürfnis, genau zu wissen, mit wem eine Geschäftsbeziehung eingegangen wird. Es muss deshalb für den potentiellen Kunden möglich sein, auf einfache, kostengünstige Art und Weise feststellen zu können, ob ein Finanzintermediär legal tätig ist. Eine Publikation liegt ausserdem im öffentlichen Interesse, um die Durchsetzung des Geldwäschereigesetzes sicherzustellen und das Aufspüren von illegal tätigen Finanzintermediären zu unterstützen. In der Tat bedingt der Zweck des Geldwäschereigesetzes, nämlich die Verhinderung der Geldwäscherei und der Schutz des Finanzmarktes, die Bekanntgabe der Daten über die entsprechenden Finanzintermediäre. Durch erhöhte Transparenz soll Geldwäscherei verhindert werden.

Wenn klar ersichtlich ist, welche Finanzintermediäre legal tätig sind, werden illegal tätige Finanzintermediäre automatisch weniger Zulauf haben. Die öffentlich zugängliche Publikation der Finanzintermediäre dient der Sicherheit des Verkehrs auf dem Finanzmarkt. Die Schweiz hat ein besonderes Interesse daran, diesen äusserst wichtigen Wirtschaftszweig zu stärken. Die Schweiz muss dem potentiellen Kunden eine Möglichkeit zur Absicherung anbieten, um die international starke Position des Finanzmarktes zu festigen.

In der Vergangenheit gab es verschiedentlich Finanzintermediäre, die sich gegen eine Veröffentlichung ihrer Daten (auch gerichtlich) zur Wehr gesetzt haben, weil sie der Meinung waren, die gesetzliche Grundlage für eine Publikation sei ungenügend. Zu diesem Schluss kommt auch die eidgenössische Datenschutzkommission in ihrem Entscheid vom 31. Oktober 2003, Nr. 08/02.

Nachdem bis anhin nur eine materiellrechtliche Bestimmung in Art. 7/8 der RegV-GwG bestand, wird neu eine klare formellrechtliche Gesetzesgrundlage für die Publikationspflicht geschaffen.

Obwohl es sich bei der Publikation nicht um besonders schützenswerte Daten im Sinne vom Artikel 3 Bst. c des Datenschutzgesetzes (DSG³⁴) handelt, soll die Unsicherheit, die zu unterschiedlichen Auffassungen führte, durch Schaffung einer formell rechtsgenügenden Bestimmung auf Gesetzesstufe behoben werden.

Die im Internet zu veröffentlichen Daten beschränkten sich auf formelle Angaben wie Name, Adresse und Aufsichtsstelle. Im Rahmen einer Güterabwägung müssen mögliche Einzelinteressen von Finanzintermediären zur Geheimhaltung ihrer Angaben zugunsten der vorliegend höher zu wertenden öffentlichen Interessen der Verhinderung der Geldwäscherei und dem Schutz des Finanzmarktes zurücktreten. Das zur Verfügung stellen eines Abrufverfahrens auf Internet ist eine Dienstleistung, die vom BPV, der EBK und der ESBK bereits seit langem angeboten wird und für den Parabankenbereich überfällig ist. Durch die im Gesetz verankerte Verpflichtung der Kontrollstelle, die Veröffentlichung über ein Abrufverfahren vorzunehmen, wird zudem sichergestellt, dass die Namen, Adressen und Aufsichtsstellen aller dem GwG unterstellten Finanzintermediäre zugänglich gemacht werden. Die Veröffentlichung unvollständiger Daten wäre im Hinblick auf die gewünschte Transparenz noch verheerender als überhaupt keine Veröffentlichung.

2.7.10 Auskunftsrecht (Art. 19 Abs. 2 VE GwG)

Art. 19 Abs. 1 GwG wird unverändert belassen. In einem neuen Art. 19 Abs. 2 VE GwG erhält die Kontrollstelle ein gesetzlich verankertes Auskunftsrecht gegenüber Personen, die möglicherweise unter das Geldwäschereigesetz fallen. Um ihre Aufsichtsaufgaben wahrnehmen zu können insbesondere zum Zwecke der Marktaufsicht und um illegal tätige Finanzintermediäre aufzuspüren, ist die Kontrollstelle auf ein Auskunftsrecht gegenüber potentiell unterstellten Finanzintermediären angewiesen.

Gemäss Art. 42 Abs. 3 GwG unterstehen unterstellungspflichtige Finanzintermediäre, welche noch über keine Bewilligung der Kontrollstelle oder keinen SRO Anschluss verfügen, der direkten Aufsicht der Kontrollstelle. Die Abklärung einer allfälligen Unterstellungspflicht gehört (cf. BGE 129 II 438 E. 4) zu den Aufgaben der Kontrollstelle. Zur Ausübung der Aufsicht und zur erforderlichen Sachverhaltsabklärung ist der Kontrollstelle gegenüber diesen Finanzintermediären im Gesetz ausdrücklich das gleiche Auskunftsrecht einzuräumen, wie gegenüber den mittels erteilter Bewilligung direkt unterstellten Finanzintermediären.

Im Hinblick auf die gemäss Art. 20 GwG durch die Kontrollstelle zu treffenden Massnahmen erstreckt sich die Sachverhaltsabklärung nicht nur auf die grundsätzliche Frage der Unterstellungspflicht. Eine mögliche Massnahme kann auch die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung gemäss Art. 14 GwG sein. Daher muss der Kontrollstelle auch die Möglichkeit gegeben sein, die Einhaltung der

³⁴ RS 235.1.

Sorgfalts- und Meldepflichten zu überprüfen. Die Abklärungen zur Unterstellung dienen ebenfalls zur Vorbereitung einer allfälligen Anzeige gemäss Art. 36 GwG.

Das Auskunftsrecht wird im Gesetz ausdrücklich auch gegenüber der Revisionsstelle der untersuchten Unternehmen und Personen verankert, weil die Kontrollstelle kein Zeugniseinvernahmerecht gegenüber diesen Personen aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz ableiten kann. Insbesondere in Fällen, in denen der untersuchte Finanzintermediär nicht direkt kontaktiert werden kann, ist die Revisionsstelle für die Kontrollstelle oftmals die einzige Möglichkeit, an sachverhaltsrelevante Informationen zu gelangen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn kein ansprechbares Organ der Gesellschaft mehr in der Schweiz gemeldet ist.

2.7.11 Massnahmen (Art. 20 Abs. 2 VE GwG)

In Art. 20 Abs. 2 VE GwG erhält die Kontrollstelle neu die Möglichkeit, als Massnahme die Auflösung, respektive die Löschung einer Unternehmung zu verfügen, wenn keine Bewilligung erteilt worden ist oder die Bewilligung auch nachträglich nicht erteilt werden konnte. Bis anhin ist im Geldwäschereigesetz nur der Bewilligungsentzug als Liquidationsgrund aufgeführt. Wird die Bewilligung nicht erteilt, bleibt oder wird die Tätigkeit des Finanzintermediärs illegal. Die Unternehmung muss als Konsequenz aufgelöst werden können. In der Praxis wurde dies, gestützt auf den heute geltenden Gesetzestext, bereits so gehandhabt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat diese Interpretation geschützt (BGE 129 II 438 E. 4). Es geht demnach lediglich um eine gesetzgeberische Klarstellung.

Im weiteren wird der Begriff „Einzelfirma“ durch denjenigen des „Einzelunternehmens“ ersetzt. Die neue Terminologie ist unbestritten und wird deshalb auch im GwG verwendet.

2.7.12 Formale Anpassung (Art. 24 Abs. 2 VE GwG)

Die Formulierung von Art. 24 Abs. 2 VE GwG wird dem aktuellen juristischen Status der Post und der SBB angepasst. Es handelt sich hierbei um eine rein formale Gesetzesänderung. Der juristische Status der Post und der SBB hat geändert. Auch die Gesetzeszitate in der heute geltenden Bestimmung müssen angepasst werden.

2.7.13 Informationsaustausch und Anzeigepflicht (Art. 27 VE GwG)

Der gesetzlich geregelte Informationsaustausch zwischen den Selbstregulierungsorganisationen und der Kontrollstelle sowie den spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden soll den praktischen Bedürfnissen angepasst werden. Durch den Informationsaustausch zwischen den SRO's und der Kontrollstelle wird der administrative Weg verkürzt und dadurch Zeit gespart. Dies erhöht die Effizienz der Aufsicht. Der Informationsfluss von der SRO zur Kontrollstelle hat sich in der Praxis als ungenügend erwiesen. So ist es den SRO's formalgesetzlich nicht erlaubt, die Kontrollstelle über Mitglieder zu informieren,

welche beispielsweise nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten. Erst nach dem rechtskräftigen Ausschluss entsteht die Pflicht der SRO, die Kontrollstelle zu informieren (Art. 27 Abs. 1 VE GwG). Kündigt ein solcher Finanzintermediär seine Mitgliedschaft bei einer SRO von sich aus, kann er sich problemlos einer anderen SRO anschliessen und es braucht wiederum Monate oder sogar Jahre, bis er für die Verletzung der Sorgfaltspflichten zur Rechenschaft gezogen werden kann, bzw. bis Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes getroffen werden. Dies muss unterbunden werden, indem es den SRO's erlaubt wird, die Kontrollstelle zu informieren, welche bei Bedarf entsprechende Massnahmen treffen kann. Zudem kann die Kontrollstelle erst durch diesen Informationsfluss eine allfällige Koordination sicherstellen.

Die Kontrollstelle und die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden können den Selbstregulierungsorganisationen auch umgekehrt alle Auskünfte und Unterlagen übermitteln, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigen (Art. 27 Abs. 1 VE GwG). Die SRO's sollen jedoch wie bisher untereinander keine Informationen austauschen, sondern der Weg des Informationsaustausches soll über die Kontrollstelle führen, in deren Hände die Informationen zusammenlaufen.

Der gegenseitige Informationsaustausch ist auf das Erforderliche zur Erfüllung der Aufsichtspflicht über die Finanzintermediäre beschränkt. Betrifft die Information eine andere Aufsichtsbehörde, soll es den SRO's möglich sein, den Kontakt direkt aufzunehmen. Mit dem direkten Informationsfluss wird ein unnötiger administrativer Aufwand vermieden. Umgekehrt können sich spezialgesetzliche Aufsichtsbehörden, welche Informationen über SRO-Mitglieder wünschen, an die Kontrollstelle wenden, welche das Verbindungsglied darstellt (Art. 29 Abs. 1 GwG).

Die Kontrollstelle benötigt zur Erfüllung ihrer marktaufsichtlichen Aufgaben alle in Art. 27 Abs. 2 Bst. a bis e GwG aufgezählten Informationen.

Bis anhin mussten von den SRO's nur verweigerte Aufnahmen und Ausschlüsse von Finanzintermediären gemeldet werden. Damit ein illegales Tätigwerden verhindert werden kann, muss die Kontrollstelle aber auch umgehend über rechtswirksame Kündigungen informiert werden. Da sich ein Finanzintermediär nach Auflösung der Mitgliedschaft innert 2 Monaten einer anderen SRO oder der Kontrollstelle unterstellen muss (Art. 28 Abs. 2), muss die Kontrollstelle vorgenannte Informationen gemäss Art. 27 Abs. 2 Bst. a-c VE GwG unverzüglich erhalten. Es geht nicht an, diese nur quartalsweise im Rahmen der Registermutationen zu erhalten. Daher werden die SRO's in Art. 29 Abs. 2 GwG verpflichtet, diese Angaben der Kontrollstelle unverzüglich zu melden. Da der Ausschluss die einschneidendste Sanktion darstellt, die eine SRO aussprechen kann, und diese meistens aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen ausgefällt wird, welche die Fähigkeit des Finanzintermediärs, sich einer anderen SRO anzuschliessen oder von der Kontrollstelle eine Bewilligung zu erhalten, stark beeinträchtigen können, benötigt die Kontrollstelle zur effektiven Marktaufsicht auch die Begründung des Entscheides, sofern der Entscheid nicht, wie dies bei einigen SRO's vorgesehen ist, ohne Angabe von Gründen ergangen ist, und zwar unverzüglich nach Eintreten der Rechtskraft (Art. 27 Abs. 3 VE GwG). Durch das Meldesystem von Art. 27 Abs. 2 Bst. a-c VE GwG und Art. 27 Abs. 3 VE GwG kann die Kontrollstelle dafür sorgen, dass diese Finanzintermediäre entweder definitiv vom Finanzmarkt entfernt werden, sich nach erfolgter Verbesserung erneut einer SRO anschliessen oder von der Kontrollstelle bewilligt werden.

Um laufend über wichtige Entscheide und Verfahren der SRO's informiert zu sein, ist es zudem notwendig, dass diese der Kontrollstelle die Eröffnung von Sanktionsverfahren, die mit dem Ausschluss enden können, sowie die rechtskräftigen Sanktionsentscheide betreffend der Verletzung der Art. 3 – 10 GwG, unverzüglich mitteilen. Nur so erhält die Kontrollstelle ein aktuelles Bild über die Gesetzestreue der Finanzintermediäre.

Die SRO übermittelt der Kontrollstelle den jährlichen Tätigkeitsbericht (Art. 27 Abs. 4 VE GwG). Der jährliche Tätigkeitsbericht der SRO ist für die Kontrollstelle ein wichtiges Aufsichtsmittel und eine Ergänzung zu den jährlichen Revisionen. Durch den Bericht erfährt die Kontrollstelle, mit was sich eine SRO über das Jahr hinweg befasst hat, wo Verbesserungsbedarf besteht und wo die SRO Unterstützung braucht. Zusätzlich ist der Tätigkeitsbericht ein Kontrollinstrument für die Kontrollstelle, bezüglich Einhaltung der Selbstregulierungsordnung. Die jährlich einzureichende Aufstellung über die Sanktionsentscheide braucht die Kontrollstelle um feststellen zu können, ob die Reglemente eingehalten werden, und um aufsichtsrechtlich negativen Entwicklungen entgegenwirken zu können, sowie zu Zwecken statistischer Auswertung. Die Aufstellung der Sanktionsentscheide nach Art. 27 Abs. 4 VE GwG umfasst alle Entscheide und nicht nur diejenigen aufgrund einer Pflichtverletzung, welche der Kontrollstelle gemäss Art. 27 Abs. 2 Bst. e VE GwG unverzüglich zu melden sind.

2.7.14 Massnahmen gegenüber Selbstregulierungsorganisationen (Art. 28 VE GwG)

Die Kontrollstelle soll gegenüber den SRO's dieselben Massnahmen ergreifen können wie gegenüber den direkt unterstellten Finanzintermediären. In der heute geltenden Fassung des Geldwäschereigesetzes ist nur der Anerkennungsentzug, respektive die Androhung des Anerkennungsentzugs formell geregelt. Durch Gesetzesauslegung geht die Kontrollstelle allerdings davon aus, dass auch mildere Massnahmen möglich sind. Dies entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit des staatlichen Handelns. Bei geringfügigen Verstössen ist die Drohung mit dem Anerkennungsentzug als Massnahme unverhältnismässig und erreicht den angestrebten Zweck nicht. Die Einführung des vorgeschlagenen Zusatzes dient somit der Klarstellung.

2.7.15 Informationsaustausch unter Behörden (Art. 29 Marginalie VE GwG)

Art. 29 VE GwG erhält neu eine Marginalie „Informationsaustausch unter Behörden“. Dies wird notwendig, weil das 4. Kapitel „Amtshilfe“ im GwG neu zwei weitere Artikel erhält (Art. 29a VE GwG und Art. 29b VE GwG; vgl. Kapitel 2.7.16 und 2.7.17).

2.7.16 **Strafbehörden** **(Art. 29a VE GwG)**

Gemäss der Effizienzvorlage ist auch die Bundesstrafverfolgungsbehörde (Bundesanwaltschaft und eidgenössisches Untersuchungsrichteramt) mitteilungspflichtig. Aus diesem Grund wird das Wort „kantonal“ in den heute geltenden Art. 29 Abs. 2 und 5 GwG in einem neuen Artikel 29a Abs. 1 VE GwG nicht mehr aufgenommen.

Als Strafbehörden im Sinne dieses Gesetzes gelten die mit der Bekämpfung der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), der organisierten Kriminalität (Art. 260^{ter} StGB) und der Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} StGB) befassten oder darauf spezialisierten Strafbehörden. Dazu zählen die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone und die urteilenden Gerichte aller Instanzen. Dies hat insbesondere Bedeutung im Zusammenhang mit der Weiterleitung von Urteilen und Einstellungsbeschlüssen inklusive deren Begründung an die Meldestelle. Die Gesamtheit dieser Urteile und Einstellungsbeschlüsse der Strafbehörden vermitteln der Meldestelle ein aktuelles Bild über die Entwicklung, den Stand und die Vorgehensweise krimineller Organisationen auf dem Gebiet der Geldwäscherei, der organisierten Kriminalität und der Terrorismusfinanzierung. Diese Erkenntnisse können seitens der Meldestelle wiederum direkt oder via spezialgesetzliche Aufsichtsbehörden oder via die Kontrollstelle in die Ausbildung der Finanzintermediäre einfließen. Damit diese Erkenntnisse gewonnen werden können, ist es unabdingbar, dass die Urteile und Einstellungsbeschlüsse inklusive deren Begründung an die Meldestelle weitergeleitet werden.

Vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst sind Strafverfolgungsbehörden, wie z.B. die Steuerfahndung, welche aufgrund ihres Tätigkeitsgebietes nicht mit der Bekämpfung der Geldwäscherei, dem organisierten Verbrechen oder der Terrorismusfinanzierung befasst oder darauf spezialisiert sind.

In Art. 29a Abs. 2 VE GwG wird eine Meldepflicht der Strafverfolgungsbehörden gegenüber der Meldestelle verankert bezüglich der Verfügungen, welche die Strafverfolgungsbehörden aufgrund einer Anzeige der Meldestelle erlassen haben. Damit bleibt die Meldestelle über den Gang des Verfahrens informiert. Diese Bestimmung enthält neu den Grundsatz des Informationsaustausches unter Behörden. Die Bestimmung wird dahingehend präzisiert, dass die Schweizer Bundesanwaltschaft, das eidgenössische Untersuchungsrichteramt und die kantonalen Strafverfolgungsbehörden die Meldestelle für Geldwäscherei über den Fortgang der Verfahren, die durch eine Meldung ausgelöst wurden, systematisch und spontan informieren. Damit wird der GAFI-Empfehlung 32 Rechnung getragen, welche eine Selbstkontrolle durch Statistik empfiehlt. Die Meldestelle benötigt diese Angaben um Rückschlüsse auf ihre Arbeit zu ziehen sowie zu statistischen Zwecken. Zur Erleichterung des administrativen Aufwands soll der Informationsaustausch zugunsten der Meldestelle systematisch und nicht auf Anfrage erfolgen.

In Art. 29a Abs. 3 VE GwG wird neu ein Auskunftsrecht der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und der Kontrollstelle gegenüber den Strafbehörden eingeführt. Aus Rücksicht auf das Strafverfolgungsinteresse bleibt der Strafbehörde Handlungsspielraum bezüglich des Umfangs und des Zeitpunkts der Bekanntgabe bestehen. Den Interessen der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und der

Kontrollstelle an der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung sind dabei ebenfalls gebührend Rechnung zu tragen.

Für spezialgesetzliche Aufsichtsbehörden und für die Kontrollstelle ist es wichtig zu wissen, ob eine strafrechtliche Untersuchung oder ob ein Verfahren gegen ein der Aufsicht unterstelltes Unternehmen läuft. Die Akten dieser Verfahren können Beweiselemente enthalten, welche Aufschluss über früher ausgeübte Tätigkeiten und getätigte Geschäfte geben. Dies kann Auswirkungen auf die vom Gesetz verlangte Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach dem Geldwäschereigesetz haben. Die Einsicht in die Akten der Strafbehörden gibt der betroffenen Aufsichtsbehörde die notwendigen Informationen, um Bewilligungen zu verweigern, Massnahmen anzuordnen und Bewilligungen zu entziehen. Auf diese Art und Weise, und oft nur auf diesem Weg, können die Aufsichtsbehörden ihre präventive Aufgabe erfüllen und proaktiv aufsichtsrechtliche Massnahmen zum Schutz des Rufes und der Integrität des Finanzplatzes sowie zum Schutz der Gläubiger und der Funktionsfähigkeit des Marktes ergreifen.

Aufgrund der bis anhin fehlenden Gesetzesgrundlage konnten kantonale Strafbehörden und die Bundesanwaltschaft die Arbeit der Aufsichtsbehörden nicht mit Informationen und Akten aus ihrem Strafverfahren unterstützen. Eine funktionierende notwendige Zusammenarbeit war rechtlich nicht gewährleistet. Das Fehlen einer solchen Gesetzesgrundlage stellte sich als eine Lücke im Gesetz heraus. Auch für die Koordination von Straf- und Aufsichtsverfahren ist ein Informationsaustausch unumgänglich, damit Doppelspurigkeiten oder gar gegenseitige Beeinträchtigungen von Straf- und Aufsichtsverfahren vermieden werden können.

Die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden oder die Kontrollstelle sind zudem gehalten, ihre allfälligen Interventionen bei einem Finanzintermediär mit den zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu koordinieren. Vor einer allfälligen Weiterleitung der von den Strafverfolgungsbehörden erhaltenen Informationen und Unterlagen nehmen sie mit ihnen Rücksprache (Art. 29 Abs. 4 VE GwG). Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass Interventionen der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden oder der Kontrollstelle bei einem Finanzintermediär ein laufendes Strafverfahren nicht beeinträchtigen. Wünschenswert ist es, wenn die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und die Kontrollstelle sich mit der entsprechenden Strafverfolgungsbehörde bereits bei Erhalten der Informationen und Unterlagen absprechen, wie und in welchem Umfang die erhaltenen Informationen und Unterlagen verwendet und Verfahrensbeteiligten oder Dritten zugänglich gemacht werden können. Besteht ein solches Bedürfnis später, so nehmen sie mit den Strafverfolgungsbehörden vorgängig Rücksprache. Die Ab- und Rücksprache ist insbesondere, aber nicht ausschliesslich, in Fällen der Kollusionsgefahr wichtig.

Um ein laufendes Strafverfahren nicht zu gefährden, wird in Art. 29a Abs. 3 in fine VE GwG eingefügt, dass durch den Informationsaustausch ein laufendes Strafverfahren nicht beeinträchtigt werden darf.

2.7.17 Informationsaustausch der Meldestelle (Art. 29b VE GwG)

Der Informationsaustausch zwischen der Meldestelle und den spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden sowie zwischen der Meldestelle und der Kontrollstelle soll systematisiert und präzisiert werden. Ebenso soll der Inhalt der systematisch und spontan zu übermittelnden Daten gesetzlich geregelt werden.

Die GAFI-Empfehlung 31 sieht den Informationsaustausch unter den betroffenen Behörden vor. Der in Art. 29b VE GwG neu geregelte Informationsaustausch beschränkt sich auf Verdachtsmeldungen, welche durch die Meldestelle an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wurden. Durch die Meldestelle klassierte, das heisst nicht weitergeleitete Meldungen, sind davon nicht betroffen. Weitergeleitete Meldungen enthalten jedoch oftmals für die Aufsichtsbehörden wichtige Informationen. Ermittelt eine andere Behörde (z.B. eine Strafverfolgungsbehörde) gegen den Finanzintermediär, kann dies zumindest ein wichtiges Indiz dafür sein, dass auch bei der Beaufsichtigung Handlungsbedarf bestehen könnte. Aus diesem Grund wird neu die Möglichkeit eines solchen systematisierten Informationsaustausches vorgesehen.

Auf die Bearbeitung und Weitergabe von Personendaten ist das Datenschutzgesetz anwendbar. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne unerlässlich für den vorgesehenen Datenaustausch. Darin ist auch zu regeln, welche Daten ausgetauscht werden dürfen. Um der Vertrauensposition der Meldestelle nicht zu schaden, werden nur die notwendigsten, d.h. die für eine Aufsichtsbehörde zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflicht benötigten Informationen, ausgetauscht. Benötigt die spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde oder die Kontrollstelle weitergehende Informationen als die in Art. 29b Abs. 2 VE GwG ausdrücklich erwähnten, so kann sie um diese mittels Amtshilfe im Einzelfall ersuchen.

Damit die jeweilige Aufsichtsbehörde bei ihrer Tätigkeit Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörde nicht gefährdet, muss sie wissen, wo die Strafverfolgungsbehörden überhaupt ermitteln. Nur wenn sie diese Information erhält, kann sie sich nach den gegebenen Umständen adäquat verhalten. Die Gefahr straffällige Finanzintermediäre ungewollt vorzuwarnen (Kollusionsgefahr), wird damit gebannt. Die Meldestelle gibt deshalb gemäss Abs. 2 Bst. d den spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und der Kontrollstelle bekannt, an welche Strafverfolgungsbehörden sie die Verdachtsmeldungen weitergeleitet hat. Die Aufsichtsbehörden werden deshalb zusätzlich in Abs. 4 verpflichtet, ihre Interventionen mit den zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu koordinieren.

2.7.18 Amtshilfe der Kontrollstelle (Art. 31 Abs. 2 Bst. c VE GwG)

Die Bestimmung über die Amtshilfe der Kontrollstelle wird inhaltlich unverändert belassen. Angepasst wird lediglich Art. 31 Abs. 2 Bst. c GwG an eine organisatorische Änderung: Zuständig zur Erteilung des Einvernehmens ist nicht mehr das Bundesamt für Polizei, sondern das Bundesamt für Justiz.

2.7.19 Datensammlung im Zusammenhang mit der Meldepflicht (Art. 34 Abs. 1 und 4 VE GwG)

Die Bestimmungen im 5. Kapitel des Geldwäschereigesetzes zur Bearbeitung von Personendaten (Art. 33ff.) sind anwendbar auf alle dem Gesetz unterstellten Personen. Deshalb wird in Art. 34 Abs. 1 VE GwG präzisiert, dass die Pflicht sich nicht nur an Finanzintermediäre richtet, sondern auch an Personen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG.

Die Aufbewahrungspflicht für Daten im Zusammenhang mit erfolgter Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei wird auf zehn Jahre verlängert. Damit wird eine zeitliche Koordination erreicht zwischen der allgemeinen Aufbewahrungspflicht für Finanzintermediäre von 10 Jahren gemäss Art. 7 Abs. 3 GwG und derjenigen für Unterlagen im Zusammenhang mit einer Meldung gemäss Art. 34 Abs. 4 VE GwG.

Die Meldestelle speichert Daten aus Meldungen in ihrem Datenverarbeitungssystem GEWA. Gemäss Art. 28 MGwV³⁵) werden diese Daten zehn Jahre seit Erfassung gespeichert. Ohne sachlichen Grund macht es wenig Sinn, verschiedene Fristen beizubehalten. Zudem ist zu beachten, dass die Meldestelle darauf angewiesen sein kann, auch nach Ablauf von fünf Jahren auf gewisse Dokumente des damals meldenden Finanzintermediärs zurückzugreifen.

2.7.20 Online-Zugriffe auf das Datenbearbeitungssystem GEWA (Art. 35 Abs. 2-4 VE GwG)

Das Datenbearbeitungssystem GEWA dient der Meldestelle zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben. Nach geltendem Art. 35 Abs. 2 GwG kann der Informationsaustausch zwischen der Meldestelle und den spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden, der Kontrollstelle und den Strafverfolgungsbehörden über ein Abrufverfahren (Online-Verbindung) erfolgen. Bis heute haben nur die Mitarbeitenden der Meldestelle Online-Zugriff auf GEWA. Da in GEWA besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden, dürfen diese Personendaten nur durch ein Online-Abrufverfahren zugänglich gemacht werden, wenn ein formelles Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 19 Abs. 3 Bundesgesetz über den Datenschutz; DSG³⁶). Auf Verordnungsstufe wurde mit der erst kürzlich revidierten Verordnung der Meldestelle die Zugriffsberechtigung auf GEWA mittels Online-Abrufverfahrens bereits festgelegt. Dies geschah im Hinblick auf die Änderungen, welche im Geldwäschereigesetz aufgrund dieser Vorlage gemacht werden. Mit den neuen Absätzen 2, 3 und 4 des Art. 35 VE GwG wird die entsprechende notwendige gesetzliche Grundlage geschaffen. Der bisherige Absatz 2 (geltendes Recht) wird durch die beiden neuen Absätze 2 und 4 ersetzt, welche zugleich die Zugriffsberechtigungen präzisieren, was im Sinne des Datenschutzes notwendig ist.

In Art. 35 Abs. 2 Bst. a VE GwG wird nur den Polizei- und den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone Zugriff auf GEWA gegeben, die mit der Bekämpfung der Geldwäscherei, des organisierten Verbrechens und der Terrorismusfinanzierung befasst oder darauf spezialisiert sind. Es gilt somit das Spezialitätsprinzip, das nur einem auserwählten Bereich innerhalb der Polizei- und

³⁵ SR 955.23

³⁶ SR 235.1

Strafverfolgungsbehörden Zugriff auf GEWA gewährt. In Art. 35 Abs. 2 Bst. b VE GwG wird dem Dienst für Analyse und Prävention des Bundesamtes für Polizei für die Erstellung von Analysen und im Rahmen ihrer präventiven Tätigkeit betreffend der Bekämpfung der Geldwäscherei, des organisierten Verbrechens und der Terrorismusfinanzierung Zugriff erteilt. Der konkrete Umfang der Zugriffsberechtigung für die in Art. 35 Abs. 2 Bst. a und b VE GwG erwähnten Behörden und Organe hat der Bundesrat bereits in der Verordnung der Meldestelle für Geldwäscherei (Art. 20 MGwV) und im dazugehörigen Anhang 2 der Verordnung geregelt.

Art. 35 Abs. 3 VE GwG wurde eingefügt, um sicherzustellen, dass bezüglich einem positiven Abfrageergebnis Transparenz besteht, wer welche Daten bearbeitet hat. Nach heute geltendem Recht kann die Meldestelle den Strafverfolgungsbehörden auf konkrete Anfrage hin Auskunft aus GEWA geben (Art. 35 GwG i.V.m. Art. 12 MGwV). Solche Auskunftersuchen werden gemäss Art. 15 MGwV in GEWA registriert, was der Transparenz dient und zur gleichzeitigen Optimierung der Zusammenarbeit zwischen der Meldestelle und den Strafverfolgungsbehörden führt. Besonders bei den durch die Meldestelle eingestellten Verdachtsmeldungen können durch den Abfrager neue Erkenntnisse gewonnen und eingestellte Meldungen nachträglich weitergeleitet, beziehungsweise strafrechtlich verfolgt werden.

Art. 35 Abs. 4 VE GwG regelt die Online-Zugriffsberechtigung für die spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und die Kontrollstelle. Der Zugriffskatalog der Aufsichtsbehörden ist auf diejenigen Daten in GEWA beschränkt, welche die jeweilige Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer spezifischen Aufsichtstätigkeit benötigt. Es handelt sich dabei um Randdaten der GEWA, die in Art. 35 Abs. 4 Bst a – d VE GwG abschliessend aufgeführt sind. Aus datenschutzrechtlichen Gründen muss die Zugriffsberechtigung der Behörden und Organe gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. a und b VE GwG einerseits und der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und der Kontrollstelle gemäss Abs. 4 der Bestimmung andererseits, unterschiedlich geregelt werden. GEWA wurde als Verdachtsdatenbank im Dienste der auf Geldwäscherei, organisiertes Verbrechen und Terrorismusfinanzierung spezialisierten Verbrechensbekämpfung konzipiert. Der Zweck der Datenbank GEWA liegt somit im strafrechtlichen/strafprozessualen Bereich und dient nicht primär aufsichtsrechtlicher Aufgabenerfüllung. Demzufolge können den spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden und der Kontrollstelle nur Randdaten aus GEWA bekanntgegeben werden.

2.7.21 Zugang zu Informationssystemen (Art. 35a VE GwG)

Die GAFI Empfehlung 26 sieht den direkten oder indirekten Zugang zu Informationen vor, die für die Meldestelle erforderlich sind, damit sie ihre Aufgabe wahrnehmen kann. In Art. 35a VE GwG wird eine entsprechende formalgesetzliche Grundlage geschaffen, um den Zugang zu den eidgenössischen Datenbanken für die Meldestelle sicherzustellen.

Für die Arbeit der Meldestelle ist ein Zugriff auf die eidgenössischen Datenbanken unerlässlich und unbestritten. Heute hat die Meldestelle zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe Zugriff auf die Datenbanken RIPOL, AUSLÄNDER, PAGIRUS, IPAS, JANUS, VOSTRA und ISIS. Die Rechtsgrundlage für die

Zugriffe auf diese Datenbanken befindet sich in Artikel 5 der Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei (MGwV; SR 955.23), also auf Verordnungsstufe. Im Rechenschaftsbericht der Meldestelle gemäss Art. 21 MGwV wurde festgehalten, dass die Rechtsgrundlage auf Verordnungsstufe für die Datenbankzugriffe der Meldestelle ungenügend ist und in einem Gesetz im formellen Sinn, das heisst im Geldwäschereigesetz zu regeln ist. Dies wird mit dem neuen Art. 35a GwG nun bereinigt.

Neu wird der Meldestelle durch Art. 35a Bst. f VE GwG der Zugriff auf die Datenbank „Staatschutz-Informationen-System (ISIS)“ gewährt. Der Zugriff auf die Datenbank ISIS ist für die Meldestelle im Rahmen ihrer gesetzlichen Analysetätigkeit, insbesondere in Hinblick auf die Erkennung von Terrorfinanzierung wichtig.

Die gemäss Art. 35a Abs. 1 VE GwG bezeichneten Personen betreffen sowohl natürliche als auch juristische Personen. Welche zusätzlichen Informationen der Meldestelle übergeben werden können, bestimmt sich nach den einschlägigen Bestimmungen der jeweiligen Datenbank und ist deshalb nicht im GwG zu regeln. Mit Abs. 2 von Art. 35a VE GwG wird darauf hingewiesen.

2.7.22 Verletzung der Sorgfaltspflichten im Handel (Art. 36a VE GwG)

Das Geldwäschereiregime für Handelstätigkeit ist so konzipiert, dass Strafbestimmungen als einziger Kontrollmechanismus eingesetzt werden. Die Nichteinhaltung oder Verletzung der Sorgfaltspflichten oder der Meldepflicht soll für die diesem Regime unterstellten Personen eine Busse bis zu 100 000 Franken mit sich ziehen können. Weiterhin nicht strafrechtlich erfasst werden hingegen die Sorgfaltspflichtverletzungen durch Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG. Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich, denn Finanzintermediäre sind einer umfassenden präventiven Aufsicht durch ihre spezialgesetzliche Aufsichtsbehörde, die Kontrollstelle oder die Selbstregulierungsorganisationen unterworfen, welche mit vorbeugenden oder korrigierenden Massnahmen dafür sorgen, dass der gesetzmässige Zustand eingehalten wird. Die nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b VE GwG unterstellten Personen sind ihrerseits überhaupt keiner präventiven Aufsicht unterworfen. Will man dennoch sicherstellen, dass sie die ihnen auferlegten Pflichten gesetzeskonform einhalten, ohne sie einer umfassenden und daher aufwändigen Aufsicht zu unterstellen, bleibt keine andere Wahl, als ihnen diese Pflichten unter Strafandrohung aufzuerlegen. Das Strafrecht soll massvoll eingesetzt werden. Daher wird die Bestimmung auf den Vorsatz beschränkt; Pflichtverletzungen werden nur sanktioniert werden, wenn sie vorsätzlich begangen worden sind.

2.8 Transparenz der Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien und Aktienumwandlung

Die Empfehlung 33 des GAFI zielt darauf ab, die Benützung von juristischen Personen durch Geldwäscher und Terroristen zu illegalen Zwecken zu verhindern. Deshalb wird empfohlen, bei den juristischen Personen, namentlich bei den

Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien, für eine angemessene Transparenz zu sorgen. Die Transparenz hat für Behörden, die mit der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung beauftragt sind, drei Ziele: Zum einen müssen die zuständigen Behörden Informationen über die tatsächlichen Nutzniesser und die die Gesellschaft beherrschenden Personen beschaffen können oder zu diesen Informationen Zugang haben; weiter müssen diese Informationen angemessen, präzise und innert nützlicher Frist verfügbar sein und schliesslich müssen die kompetenten Behörden in der Lage sein, mit anderen nationalen oder internationalen zuständigen Behörden Informationen auszutauschen. Eine angemessene Transparenz rechtfertigt sich im Übrigen auch für Finanzinstitute; sie sind in der Tat auf Angaben über die effektiven Nutzniesser und die Personen, welche die juristischen Personen beherrschen, angewiesen, um ihre Sorgfaltspflichten erfüllen zu können (wie in der Empfehlung 5 definiert).

Eine wichtige Abgrenzung lässt sich aus der Empfehlung 33 und den Beratungen im GAFI ableiten: Der Begriff des *effektiven Nutzniessers* (« beneficial owner » oder wirtschaftlich Berechtigter), wie er im Glossar definiert ist, umfasst die natürliche(n) Person(en), die den Kunden und/oder die Person, für welche eine Transaktion getätigt wird, *letztendlich* besitzen oder beherrschen. Das umfasst auch diejenigen Personen, welche die eigentliche Kontrolle über eine juristische Person oder ein anderes juristisches Konstrukt ausüben. Anders ausgedrückt brauchen die Behörden keinen Zugang zu Informationen über sämtliche Inhaberaktionäre, sondern einzig über diejenigen, *welche die Aktiengesellschaft beherrschen*. Denn es geht lediglich darum, die missbräuchliche Beherrschung der Aktiengesellschaft zu verhindern und nicht den möglichen Missbrauch einer einzelnen Inhaberaktie.

2.8.1 Meldepflicht für die die Gesellschaft beherrschenden Aktionäre (702a Abs. 1 und 2 VE OR)

Zur Umsetzung der GAFI Empfehlung 33 enthält diese Vorlage eine neue Bestimmung zur Schaffung einer Meldepflicht für qualifizierte Beteiligungen (in Anlehnung an Art. 20 BEHG). Die Meldepflicht obliegt dem Aktionär gegenüber der Gesellschaft; sie ist aber keine allgemeine, sondern setzt die Teilnahme an der Generalversammlung und damit die aktive Einflussnahme auf die Gesellschaft voraus. Der Aktionär soll sich, sobald er die Einladung zur Generalversammlung erhält, darüber Rechenschaft abgeben, ob er im Sinne von Art. 702a VE OR meldepflichtig ist oder nicht. Selbstverständlich muss der Verwaltungsrat nur dann auf die Meldepflicht hinweisen, wenn eine solche tatsächlich bestehen kann.

Diese Meldepflicht durch den Aktionär, welcher an der Generalversammlung teilnimmt, beinhaltet einen vertretbaren Aufwand für die Gesellschaft. Müssten die beherrschenden Aktionäre anlässlich ihrer Teilnahme an der Generalversammlung von der Gesellschaft selbst identifiziert werden, so wären die (möglicherweise verdeckt operierenden) beherrschenden Aktionäre in der Masse der teilnehmenden Aktionäre kaum zu eruieren. Zudem müssten zu diesem Zweck je nach Grösse des Aktionariats umfangreiche Daten erhoben werden. Daher wird diese Meldepflicht nicht den Gesellschaften, sondern den Aktionären auferlegt.

Aktionäre, die nicht an der Generalversammlung teilnehmen und somit ihre Stimmrechte nicht ausüben, nehmen keinen Einfluss auf die Gesellschaft. Sie sind deshalb nicht meldepflichtig. Befindet sich die Gesellschaft im Splittereigentum und

bestehen daher keine qualifizierten Beteiligungen, so kontrolliert der Verwaltungsrat faktisch die Gesellschaft. Die Identität der Mitglieder des Verwaltungsrats ist aus dem Handelsregister ersichtlich.

Die Meldepflicht gilt für sämtliche Unternehmen, die Inhaberaktien ausgegeben haben, also auch für börsenkotierte Gesellschaften. Für letztere, respektive für deren Aktionäre beinhaltet die Meldepflicht nach Art. 702a VE OR jedoch kaum zusätzlichen Aufwand: Aufgrund des Börsenrechts sind die Aktionäre und Aktionärsgruppen schon ab 5 % Stimmrechtsanteil meldepflichtig und zwar sowohl der Gesellschaft als auch der Börse gegenüber (Art. 20 Abs. 1 BEHG). Inhaltlich decken sich die beiden Meldepflichten. Der einzige Unterschied besteht in der Publikation der Angaben: Während die gemeldeten Angaben bei einer nicht börsenkotierten Gesellschaft nicht veröffentlicht werden, sind sie bei börsenkotierten Gesellschaften im Anhang zur öffentlich zugänglichen Jahresrechnung enthalten (Art. 663c i.V.m. Art. 697h Abs. 1 OR).

Meldepflichtig ist jeder Inhaberaktionär, der alleine oder im Verbund mit anderen mindestens 10 % aller Stimmrechte kontrolliert (Art. 702a Abs. 1 VE OR). Die Meldepflicht besteht auch dann, wenn die Gesellschaft sowohl Inhaber- als auch Namenaktien ausgegeben hat (vgl. Art. 622 Abs. 2 OR) und der Schwellenwert durch die Kontrolle von Inhaber- und Namenaktien überschritten wird (vgl. dazu die hierzu korrespondierende Offenlegung, Art. 702a Abs. 1 Ziff. 2 VE OR).

Der Schwellenwert von 10 % der Stimmrechte übernimmt die traditionelle Definition von wesentlichen, schützenswerten Minderheitspositionen im Schweizer Aktienrecht (vgl. dazu insbesondere Art. 663e Abs. 3 Ziff. 3 OR, Art. 697b Abs. 1 OR, Art. 699 Abs. 3 OR und Art. 736 Ziff. 4 OR). Der Wert entspricht zudem Art. 3 (8) (a) des Vorschlags der EU-Kommission vom 30. Juni 2004 für eine Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche einschliesslich der Finanzierung des Terrorismus. Der Anteil von 10% berechnet sich auf der Basis aller Stimmrechte. Nur so kann ein Aktionär selber ermitteln, ob er meldepflichtig ist oder nicht. Würden beispielsweise nicht ausübbare Stimmrechte von der Berechnung ausgeschlossen, so fehlten dem nicht im Verwaltungsrat sitzenden Aktionär die Grundlagen zur Errechnung des Grenzwertes.

2.8.2 Ausweispflicht (702a Abs. 2 VE OR)

Die Ausweispflicht von Art. 702a Abs. 2 VE OR dient der Gegenkontrolle der gemeldeten Angaben durch die Gesellschaft. Die sich ausweisende Person ist entweder der meldende Aktionär selber (Art. 702a Abs. 1 Ziff. 1 VE OR) oder sein Vertreter (Art. 702a Abs. 1 Ziff. 4 VE OR).

Handelt es sich beim Inhaberaktionär um eine juristische Person, so müssen die Firma und die Sitzadresse angegeben werden (Art. 702a Abs. 1 Ziff. 1 VE OR).

Die Kontrolle von mindestens 10 % der Stimmrechte in gemeinsamer Absprache muss einen gewissen Organisationsgrad aufweisen (beispielsweise durch einen Aktionärsbindungsvertrag).

2.8.3 Aufbewahrungspflicht (Art. 702a Abs. 3 VE OR)

Die Bestimmung von Art. 702a Abs. 3 VE OR sieht eine Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren vor. Diese Frist entspricht der allgemein üblichen Aufbewahrungsfrist für Unterlagen von zehn Jahren. Sie dient einerseits der Beantwortung der Frage, wer den Verwaltungsrat (der für eine Amtsdauer von bis zu sechs Jahren gewählt werden kann; Art. 710 Abs. 1 OR) gewählt hat, andererseits aber auch der längerfristigen Sicherstellung der Information über die beherrschenden Inhaberaktionäre.

Für die korrekte Aufbewahrung der gemeldeten Daten ist der Verwaltungsrat verantwortlich; er trägt auch die Verantwortung für eine allfällige Delegation dieser Aufgabe an einzelne Verwaltungsratsmitglieder, an die Geschäftsleitung oder an Drittpersonen.

Die Edition der aufbewahrten Daten richtet sich nach den Bestimmungen des Strafprozessrechts bzw. des Zivilprozessrechts.

2.8.4 Verletzung der Melde- und Aufbewahrungspflicht (Art. 327 VE StGB)

Die Beachtung der Pflichten zur Meldung von qualifizierten Beteiligungen und zur Aufbewahrung der korrespondierenden Daten (Art. 702a VE OR) setzt ein wirksames Vorgehen gegen Verstösse voraus.

Der Vorentwurf schlägt zu diesem Zweck unter dem Titel „Übertretungen bundesrechtlicher Vorschriften“ die Schaffung einer neuen Strafnorm vor (Art. 327 VE StGB). Demnach soll die Verletzung der im Obligationenrecht neu vorgesehenen Melde- und Aufbewahrungspflicht mit Haft oder Busse bestraft werden.

Die strafrechtliche Sanktionierung hat den Vorteil, dass sie nur den fehlbaren Aktionär bzw. den Verwaltungsrat oder die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder trifft. Zivilrechtliche Sanktionen könnten demgegenüber den anderen, sich einwandfrei verhaltenden Aktionären sowie der Gesellschaft selbst schaden.

Verletzungen der Meldepflicht (Art. 702a Abs. 1 VE OR) haben aus diesem Grund keine zivilrechtlichen Sanktionen zur Folge. Insbesondere stellt die Teilnahme an der Generalversammlung ohne vorgängige Meldung keine unberechtigte Teilnahme dar; die Beschlüsse der Generalversammlung sind in solchen Fällen nicht anfechtbar (vgl. Art. 691 Abs. 3 OR).

Strafbar soll ein Verstoss gegen die Aufbewahrungspflicht (Art. 702a Abs. 3 VE OR) sinnvollerweise nur dann sein, wenn dies zu einer Erschwerung oder Verunmöglichung der Identifikation der beherrschenden Aktionäre führt. Im Falle einer Einpersonen-Aktiengesellschaft beispielsweise ist solches kaum gegeben.

2.8.5 Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien (Art. 704a VE OR)

Die Vorlage schlägt eine erleichterte Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien vor. Obwohl das GAFI keine solche Massnahme vorschreibt, soll damit die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien gefördert werden. Die beiden bestehenden Bestimmungen im Obligationenrecht zur Umwandlung (Art. 622 Abs. 3 OR und Art. 627 Ziff. 7 OR) sehen vor, dass die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien und umgekehrt nur zulässig ist, wenn die Statuten eine Umwandlungsklausel enthalten. Die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien kann nach geltendem Recht nur dann beschlossen werden, wenn entweder die Gründerstatuten dies ausdrücklich vorsehen oder wenn eine entsprechende nachträgliche Statutenänderung durch ein überwiegendes Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt ist. In der neueren Praxis wird dem jedoch nicht mehr in diesem Sinn nachgelebt. Die genannten Bestimmungen sind im Grunde gegenstandslos geworden und komplizieren die Umwandlung unnötig. Sie sind daher aufzuheben.

Zudem erschweren in der Praxis oftmals statutarische Bestimmungen die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien. So werden über das ordentliche gesetzliche Mehrheitserfordernis von Art. 703 OR hinaus überhöhte Anwesenheits- oder Mehrheitserfordernisse vorgeschrieben oder die Umwandlung grundsätzlich ausgeschlossen.

Statutarische Bestimmungen, die dem gesetzlichen Mehrheitserfordernis entgegenstehen (z.B. grundsätzliches Umwandlungsverbot, bestimmte Anwesenheitserfordernisse oder erhöhte Mehrheitserfordernisse), werden daher im Rahmen dieser Vorlage ausser Kraft gesetzt (Art. 704a VE OR). Dadurch wird die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien wesentlich erleichtert. Die Mehrheitserfordernisse zur Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien bleiben vorbehalten (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Das konkrete Verfahren zur Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien nach dem Umwandlungsbeschluss der Generalversammlung kann je nach den Umständen nicht unproblematisch sein. In der Praxis finden jedoch solche Umwandlungen statt, ohne dass es zu erkennbaren Problemen kommt. Vergleichbare Operationen (z.B. Nennwertreduktionen) führen soweit erkennbar ebenfalls nicht zu unüberwindbaren Problemen. Würde ein Umwandlungsverfahren im Gesetz fixiert, so könnte dadurch möglicherweise diejenige Flexibilität verloren gehen, die es in der Praxis braucht. Die Vorlage verzichtet daher auf ein gesetzlich vorgeschriebenes Umwandlungsverfahren.

2.9 Übergangsbestimmungen

Die Übergangsbestimmungen des bisherigen Art. 42 betrafen die Einführungsphase des Geldwäschereigesetzes nach dessen Inkrafttreten am 1. April 1998. Sie sind heute obsolet und können in dieser Form gestrichen werden.

Die mit der nun vorgeschlagenen Änderung eingeführten neuen Bestimmungen sind grundsätzlich ab deren Inkrafttreten anzuwenden. Bestehende Finanzintermediäre müssen somit ab Inkrafttreten die neuen Bestimmungen berücksichtigen. Ein

zu verfolgen und mit dieser Revision umzusetzen. Bei der vorliegenden Umsetzung wurde ein klares Augenmerk auf die wirtschaftliche Verträglichkeit der neuen Regeln gelegt. Insbesondere wurde Wert darauf gelegt, die internationalen Standards umzusetzen, gleichzeitig aber die administrative und regulatorische Belastung so gering wie möglich zu halten.

3.2 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die Vorlage hat voraussichtlich keine Auswirkungen auf den Bundeshaushalt. Die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei verfügt grundsätzlich über das notwendige Personal zur Umsetzung des schweizerischen Dispositivs gegen Geldwäscherei. Die Ausweitung des Geltungsbereiches des Gesetzes auf geldwäschereianfällige Tätigkeiten im Handelsbereich führt zur Einführung eines speziellen Regimes für Handelstätigkeiten. Eine Aufsicht ist damit nicht verbunden, so dass keine permanenten zusätzlichen Ressourcen notwendig sind. Bei Einführung des Regimes für Handelstätigkeiten können insbesondere in der Einführungsphase notwendige spezifische Orientierungen/Schulungen der betroffenen Branchen sowie für die Erarbeitung der Ausführungsbestimmungen betreffend die Gewerbmässigkeit und die Sorgfaltspflichten im Handel kurzfristig zusätzliche Ressourcen notwendig machen; dies könnte ebenso in der Anfangsphase von vermehrten Anfragen aus der Wirtschaft an die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei herrühren. Die zusätzlichen Bedürfnisse sollte die Kontrollstelle jedoch aller Voraussicht nach mit ihren bestehenden Ressourcen bewältigen können.

Durch die explizite Erwähnung von Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB (Terrorismusfinanzierung) in Art. 9 Abs. 1 GwG als Meldegrund werden keine zusätzlichen Meldegründe geschaffen. Die Finanzintermediäre sind bereits heute verpflichtet bei Verdacht auf Vermögenswerten, die der „Verfügbarmacht einer kriminellen Organisation unterliegen“, gemäss Art. 9 GwG Meldung zu erstatten.

Mit der Ausweitung des Geldwäschereigesetzes auf einzelne Tätigkeiten im Handelsbereich (Einführung eines speziellen Regimes für Handelstätigkeiten) muss jedoch mit einer Zunahme der Meldungen an die Meldestelle gerechnet werden. Sie bemüht sich, die zusätzlichen Bedürfnisse soweit möglich mit ihren bestehenden Ressourcen zu bewältigen. Ob zusätzliche Ressourcen benötigt werden, kann allerdings erst nach Inkrafttreten des geänderten Geldwäschereigesetzes beurteilt werden.

3.3 Auswirkungen auf die Informatik

Diese Vorlage hat keine Auswirkungen auf die Informatikstrategie des Bundes.

3.4 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Durch die aufgrund dieser Vorlage geänderten und neu eingefügten Bestimmungen in verschiedene Bundesgesetze sind keine messbaren volkswirtschaftlichen Auswirkungen zu erwarten. Insbesondere für den Finanzsektor bringt sie keine zusätzlichen Kosten und Auflagen. Trotz der Bemühung dieser Vorlage, die

administrative und regulatorische Belastung so gering wie möglich zu halten, muss allerdings erwähnt werden, dass die Umsetzung der Sorgfaltspflichten durch die betroffenen Personen des Handelsbereichs nicht ohne ein gewisses Mass an Aufwand möglich sein wird, der sich auch volkswirtschaftlich auswirken wird. Weder der notwendige Aufwand noch die damit verbundenen Kosten können jedoch zur Zeit abgeschätzt werden.

4 Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht des Bundesrates vom 25. Februar 2004 über die Legislaturplanung 2003 – 2007 angekündigt (BBl 2004 1149, Beilage 1 Ziff. 1.2).

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Die vorgeschlagenen, geänderten und neuen Bestimmungen werden alle in Bundesgesetze aufgenommen. Betroffen sind das Strafgesetzbuch, das Rechtshilfegesetz, das Geldwäschereigesetz und das Obligationenrecht. Die Revisionsvorschläge können sich auf die gleichen Verfassungsgrundlagen stützen wie die zu revidierenden Vorschläge selbst.

5.2 Verhältnis zum ausländischen Recht

Im Hinblick auf die Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen in das Schweizer Recht hat die Eidgenössische Finanzverwaltung die bestehende und die sich in Vorbereitung befindende Gesetzgebung verschiedener Länder bezüglich der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen analysiert. Es kristallisierte sich dabei heraus, dass die 2. und die in Vorbereitung begriffene 3. EU-Geldwäschereirichtlinien einen grossen Teil der revidierten GAFI-Empfehlungen übernommen hat, respektive übernehmen wird. Die Umsetzung in den einzelnen Ländern ist – wie in der Schweiz auch – erst in Vorbereitung. Deshalb werden die entsprechenden Gesetzesvorhaben in den kommenden Monaten weiter verfolgt werden. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die vorgeschlagene 3. EU-Geldwäschereirichtlinie in dieselbe Richtung geht wie das vorliegende Projekt.

