

Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
Abteilung Multilaterales
Sektion Finanzkriminalität
Bundesgasse 3
3003 Bern

Basel, 28. Juni 2013
J.022.2/PBA

Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Group d'action financière

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Botschafter
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir sehr. Wir erlauben uns Ihnen zur umfassenden Vernehmlassungsvorlage betreffend die Umsetzung der revidierten Empfehlung der Financial Action Task Force (FATF/GAFI) unsere Stellungnahme fristgerecht zukommen zu lassen.

Executive Summary

Grundsätzlich unterstützen wir die in der Vorlage vorgegebene Stossrichtung. Sie entspricht weitgehend einer Umsetzung der Empfehlungen der FATF. Im Einzelnen bedarf aber die Vorlage etlicher Anpassungen, da sie in der aktuellen Form für die Banken nicht umsetzbar ist.

1. Steuerdelikte als Vortat

Die Struktur eines Fiskaldeliktens eignet sich per se nicht als Vortat zu Geldwäscherei. Dennoch sieht die Vorlage von einer Revision des Geldwäschereitbestandes in Art. 305^{bis} StGB ab. Dieser Verzicht führt zu Rechtsunsicherheiten. Zum einen ist nicht gesichert, dass die Einziehung einer Steuerersparnis überhaupt möglich ist; die Abgrenzung zwischen der geldwäschereifähigen Vereitelung der Einziehung gemäss Art. 70 StGB und der nicht geldwäschereifähigen Vereitelung der Durchsetzung einer Ersatzforderung gemäss Art. 71 StGB ist völlig unklar. Zum anderen führt der bundesrätliche Vorschlag zur Gesamtkontamination des Vermögens des Steuerverbrechers, weil die verbrecherisch bewirkte Steuerersparnis nicht extrahiert werden kann.

Um diesen Unsicherheiten zu begegnen schlagen wir die Einführung eines selbständigen, kurz und klar gefassten Geldwäschereitbestands im Steuerbe-

reich vor. Aufzunehmen ist die neue Bestimmung im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer.

Grundsätzlich ist an dieser Stelle zu bemerken, dass diejenigen Tatbestände, welche eine Ausweitung des Steuerstrafrechts zur Folge haben und für die Umsetzung der FATF-Anforderungen nicht zwingend vorgeschrieben sind, wenn überhaupt, im Rahmen der Revision des Steuerstrafrechts und nicht in dieser Vorlage zu behandeln wären.

Sollte dieser Einwendung nicht gefolgt werden und auch unser Alternativvorschlag keine Berücksichtigung finden, ist zu den einzelnen Bestimmungen des Steuerstrafrechts Folgendes festzuhalten:

- Der Grundtatbestand des Steuerbetrugs wurde in Art. 186 Abs. 1 lit. b E-DBG auf das Arglistmodell ausgeweitet. Diese Ausweitung ist klar abzulehnen, da das generelle Arglistmodell schon im gemeinen Strafrecht beim Tatbestand des Betruges zu Rechtsunsicherheit führt. Zudem ist neu auch das arglistige Bestärken der Steuerbehörde in einem Irrtum, also u.U. die blosser Unterlassung, als Steuerbetrug strafbar. Damit wird die Grenze zur Steuerhinterziehung verwischt. Die revidierten Empfehlungen der FATF verlangen zwar die Schaffung eines „tax crime“ als Vortat zur Geldwäscherei; die vorgeschlagenen Änderungen im Grundtatbestand werden aber von der FATF nicht verlangt.
- Der mit Art. 186 Abs. 1^{bis} E-DBG geschaffene Tatbestand des qualifizierten Steuerbetrugs soll dann vorliegen, wenn die nicht deklarierten Steuerfaktoren mindestens CHF 600'000 betragen. Neben dem Schwellenwert als weiteres qualifizierendes Tatbestandselement, sollte nach unserer Vorstellung aber zusätzlich die mehrfache Begehung des Steuerbetrugs vorgesehen werden, um den Tatbestand des Steuerverbrechens hinreichend vom Grundtatbestand abzugrenzen.
- Die Verwendung des Begriffs „Steuerfaktoren“ im StHG ist unzutreffend, weil damit auch im Bereich der blossen Nichtdeklaration von Vermögenswerten eine Vortat erblickt werden kann. Es ist deshalb eine Präzisierung vorzunehmen und von den „Einkommens- oder Gewinnsteuerfaktoren“ zu sprechen.
- Im Weiteren ist es an der Zeit, die verfehlte gesetzliche Qualifikation von Bilanzen und Erfolgsrechnungen aus dem Steuerbetrugstatbestand zu entfernen.
- Schlussendlich ist auch die im neuen Tatbestand vorgesehene Solidarhaft für „Beteiligte“ abzulehnen und ersatzlos zu streichen.

1.1. Transparenz der juristischen Personen – wirtschaftlich Berechtigte

3

Die Banken werden neu verpflichtet, bei nicht-börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen diejenigen als wirtschaftlich berechtigte Personen abzuklären, die direkt oder indirekt mit mindestens 25 Prozent des Kapitals- oder des Stimmrechtsanteils an dem Unternehmen beteiligt sind oder es auf andere, erkennbare Weise kontrollieren. Können diese nicht festgestellt werden, ist schlussendlich die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen. Bei der Umsetzung dieser neuen Regelung zugrunde liegenden FATF-Empfehlung bleibt den Mitgliedsländern kein Ermessensspielraum. Es ist bedauerlich, dass diese „legal owner“ im Geldwäschereigesetz ebenfalls als „beneficial owner“ bzw. als „wirtschaftlich Berechtigte“ bezeichnet werden. Um eine Vermischung der beiden Begriffe zu vermeiden, sollte der Gesetzestext zwischen Anteilseigner und wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten unterscheiden.

Damit die Banken diese Feststellungen überhaupt vornehmen können, werden das Aktienrecht und damit die Bestimmungen zu den Inhaberaktien revidiert. Inhaberaktien von nicht-börsenkotierten Unternehmen sollen künftig wahlweise einer Meldepflicht bei der Gesellschaft, einer Verwahrungspflicht bei einem Finanzintermediär oder einer Pflicht zur vereinfachten Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien unterliegen. Weiter wird für alle nicht-börsenkotierten Unternehmen für Namen- und Inhaberaktien vorgesehen, dass der wirtschaftlich Berechtigte an der Aktie bei der Gesellschaft selbst angegeben werden muss, wobei eine Verletzung dieser Pflicht unter Strafe gestellt wird. Wichtig wird dabei sein, dass die gemäss dem Aktienrecht festzustellenden Angaben und die Angaben nach GwG, welche die Banken für die Eröffnung einer Geschäftsbeziehung benötigen, identisch sind. Nur so besteht diesbezüglich Klarheit und gelingt es, den Aufwand in einem vertretbaren Rahmen zu halten.

Abzulehnen ist die mit dieser Transparenzschaffung bei juristischen Personen einhergehende generelle Abkehr vom „Vermutungsprinzip“ und damit vom risikobasierten Ansatz bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Mit der vorgesehenen Regelung müsste der wirtschaftlich Berechtigte immer bis auf die natürliche Person zurückverfolgt werden, was einen übermässigen Aufwand generiert.

1.2. Ausweitung des GwG-Dispositivs auf Immobilien- und Fahrniskäufe

Mit der Pflicht, alle Barverfügungsgeschäfte ab CHF 100'000 über einen Finanzintermediär abzuwickeln, wird das Geschäft indirekt dem Geldwäschereiabwehrdispositiv unterstellt. Faktisch führt dies zu einer Übertragung der Verantwortlichkeiten und Sorgfaltspflichten auf die Finanzintermediäre, was strikte abzulehnen ist. Dabei ist es wichtig zu bedenken, dass das Geschäft einer Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner unterliegt und die Bank deshalb keine Verantwortung diesbezüglich übernehmen kann. Die Verantwortung muss bei den am Grundgeschäft beteiligten Personen bleiben. Es

dürfen den Banken nicht Pflichten auferlegt werden, die sie letzten Endes gar nicht erfüllen können. Ebenfalls darf der Bank bei der Abwicklung genannter Barverfügungsgeschäfte kein Mehraufwand entstehen.

1.3. Kompetenzerweiterung der MROS, Abschaffung des Melderechts (Art. 305^{ter} StGB)

Damit die MROS für ihre Analysen der Verdachtsmeldungen die erforderlichen Informationen vertiefen kann, soll die nationale Amtshilfe so ausgestaltet werden, dass die MROS auf Ersuchen von anderen Behörden (voraussichtlich Steuerbehörden) alle für ihre Analysen der Verdachtsmeldungen erforderlichen Informationen anfordern kann. Da solche vertieften Analysen weit mehr Zeit benötigen, als die bisherige Sperrfrist von 5 Arbeitstagen vorgibt, wird die Sperrfrist aufgehoben. Eine Sperrung kommt erst zur Anwendung, wenn die MROS aufgrund ihrer Analyse eine Weiterleitung der Meldung an die Bundesanwaltschaft beschliesst. Zwischenzeitlich liegt die Verantwortung, dass die Gelder der Strafverfolgung nicht entzogen oder zu Terroris-muszwecken missbraucht werden, beim Finanzintermediär. Das heisst, die Banken müssen die Beziehung überwachen und erkennen können, ob es sich bei den Kontobewegungen um eine Entziehung oder Missbrauch handelt. Eine solche Überbindung der Verantwortung auf den meldenden Finanzintermediär lehnen wir ab und schlagen vor, eine maximale Zeitspanne (bspw. 15 Arbeitstage) festzulegen, innert derer sich die MROS für oder gegen eine Sperrung der Gelder entscheiden muss, um den Arbeitsaufwand für den Finanzintermediär eingrenzen zu können.

Zugleich wird auch das bisher geltende Melderecht nach Art. 305^{ter} StGB aufgehoben, mit der Begründung, dass das Nebeneinander von Melderecht und Meldepflicht ein Kritikpunkt der FATF anlässlich der letzten Länderprüfung war. Das Melderecht ist aber beizubehalten, da den Banken damit Ermessensspielraum zugestanden wurde. Ohne Melderecht besteht für die Banken ein grösseres haftungsrechtliches Risiko als bis anhin, da „nur noch“ begründete Verdachtsfälle gemeldet werden können.

Zu den einzelnen Punkten resp. Bestimmungen im Detail:

1.1. Steuerdelikte als Vortat

1.1.1. Geldwäschereitratbestand im DBG

Zurückkommend auf die Problematik der „Steuergeldwäscherei“ und dem aus unserer Sicht dafür ungeeigneten Geldwäschereitratbestand in Art. 305^{bis} StGB, unterbreiten wir Ihnen einen Vorschlag für einen Geldwäschereitratbestand, der ins Bundesgesetz über die direkten Bundessteuern eingefügt werden könnte. Mit diesem Steuergeldwäschereitratbestand wäre es nicht mehr nötig, für schweizerische Steuerpflichtige einen Verbrechenstatbestand in sämtliche Bundessteuergesetze aufzunehmen. Wir sind der Ansicht, dass eine Revision von Art. 305^{bis} StGB aus politischen Gründen nicht ange-

zeigt ist, doch einzig mit der Schaffung eines Verbrechenstatbestands ist unseres Erachtens die Vorgabe der FATF auch nicht umsetzbar.

Wir ziehen eine Lösung vor, welche den spezifischen Gegebenheiten der „Steuergeldwäscherei“ direkt in der Steuerrechtsordnung Rechnung trägt, indem im DBG ein spezieller Tatbestand der Vereitelung des Nachsteuerverfahrens eingeführt würde. Die Steuergeldwäscherei wird damit als das behandelt, was sie ist: Keine Verhinderung einer Einziehung, die eine fassbare Deliktsbeute voraussetzt, sondern eben das Verhindern einer Besteuerung auf dem Wege der Nachsteuer im Bereich der von den Kantonen im gemischten Veranlagungsverfahren erhobenen Steuern und der ordnungsgemässen Abgabebetriebung im Bereich der vom Bund im Selbstveranlagungsverfahren erhobenen Steuern im Zusammenhang mit der Begehung eines Steuer- bzw. Abgabebetrugs:

„Art. 186^{bis} DBG (neu)

Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, das Nachsteuerverfahren im Zusammenhang mit der Begehung von Steuerbetrug gemäss Artikel 186 Abs. 1 in mehreren aufeinanderfolgenden Steuerperioden in erheblichem Ausmass zu vereiteln, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Ein erhebliches Ausmass liegt vor, wenn das hinterzogene Einkommen mindestens 600'000 Franken pro Steuerperiode beträgt.“

An Stelle der Einziehungsverweigerung wird die Vereitelung des Nachsteuerverfahrens (zu dem auch der Steuerbezug in diesem Verfahren gehört) als Geldwäschereitstatbestand definiert. Die Anknüpfung an die Nachsteuer- und Steuerbezugsverfahren ist dadurch begründet, dass die Vereitelung des Strafverfahrens bereits durch Art. 305 StGB (Begünstigung) unter Strafe gestellt ist. Beim subjektiven Tatbestand wird schuldhaftes Handeln verlangt.

Der Tatbestand ist so ausgestaltet, dass auch die „Eigengeldwäscherei“ mit einbezogen ist. Mit der Strafbarkeit der Eigengeldwäsche wird soweit ersichtlich dem Anspruch der FATF Genüge getan.

Es reicht aus, den Tatbestand der Steuergeldwäscherei auf einer Hierarchiestufe der Bundesgesetzgebung einzuführen. Wenn, wie hier vorgeschlagen, der Tatbestand im DBG geregelt wird, kann darauf verzichtet werden, diesen auch im Steuerharmonisierungsgesetz (StHG) zu verankern.

Bezüglich der Meldepflicht nach Geldwäschereigesetz muss in Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GwG lediglich der Verweis auf den entsprechenden Artikel im DBG erfasst werden.

Ein analoger Artikel könnte in das Verwaltungsstrafrecht (bspw. Art. 14^{bis} VStrR neu) eingefügt werden. Dieser Vorschlag würde auch das bei den von Ihnen vorgelegten Vorschlägen auftretende, die Finanzintermediäre vor unlösbare Probleme stellende, Ergebnis der Gesamtkontamination des Tätervermögens lösen. Auch bei dieser Lösung wäre Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GwG entsprechend zu ergänzen.

Angesichts der Bedeutung der Regelung der Vortaten zur Geldwäscherei für den Finanzplatz Schweiz, aber auch für den internationalen Ruf unseres Landes, bitten wir Sie eindringlich, den unterbreiteten Alternativvorschlag zu Art. 305^{bis} StGB im Rahmen Ihrer Botschaft für den Bundesrat zu berücksichtigen.

Sollte der Alternativvorschlag keine Berücksichtigung finden, sind diejenigen Tatbestände, welche eine Ausweitung des Steuerstrafrechts zur Folge haben und für die Umsetzung der FATF-Anforderungen nicht zwingend vorgeschrieben sind, wenn überhaupt, nicht im Rahmen dieser Vorlage, sondern bei der Revision des Steuerstrafrechts zu behandeln.

1.1.2. Probleme des vorgeschlagenen Modells

a. Art. 186 Abs. 1 E-DBG

Im Ergebnis sind wir der Ansicht, dass der in Abs. 1 von Art. 186 E-DBG vorgesehene Übergang vom Tätigkeits- zum Erfolgsdelikt richtig ist, aber im Übrigen nicht erweitert, sondern eingeschränkt werden muss. Die von Ihnen geplanten Erweiterungen gehen über die von der FATF verlangten Änderungen hinaus und laufen auf eine partielle Vorwegnahme der Revision des materiellen Steuerstrafrechts hinaus.

Der vorgeschlagene Art. 186 Abs. 1 E-DBG kumuliert das Urkundenmodell mit dem Arglistmodell und behandelt beide Modelle als separate Untertatbestände. Es trifft zwar zu, dass in der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der direkten Steuern, namentlich bei der internationalen Amts- und Rechtshilfe, jede Verwendung von gefälschten, verfälschten oder inhaltlich unwahren Urkunden auch als „arglistig“ qualifiziert wird. In der Lehre – und dies auch seitens des allgemeinen Strafrechts – wird u.E. aber zu Recht kritisiert, dass die Rechtsprechung zum Betrugstatbestand von Art. 146 StGB nicht einfach auf das Sonderrechtsverhältnis zwischen Steuerpflichtigem und Steuerbehörde übertragen werden kann. Im letzteren Fall besteht ein hoheitliches Verhältnis und es gehört gerade zu den Aufgaben der Steuerbehörden, die Angaben der Steuerpflichtigen zu überprüfen. Die Steuerbehörde verfügt über Instrumente, welche Private im Geschäftsbereich nicht haben. Deshalb sind bei Steuerstraftatbeständen bei der Abgrenzung der einfachen falschen Angabe von der Arglist die spezifischen Gegebenheiten des Steuerveranlagungsverfahrens zu beachten. Mit dem vorliegenden Entwurf wird die Problematik nicht ent-, sondern noch verschärft, was u.E. der falsche Ansatz ist.

Mit dem Tatbestandselement „die Steuerbehörden in einem Irrtum bestärken“ wird ein neuer Tatbestand geschaffen, der bei bestimmten Sachverhalten auch die blosser Unterlassung erfasst. Damit wird nicht nur die Grenze zur einfachen Steuerhinterziehung verwischt, sondern vor allem auch schon die Verhinderung der Aufdeckung des Steuerbetrugs durch den Täter unter Strafe gestellt. Das stellt im Straf- und Nebenstrafrecht ein grosses Novum dar. Selbst bei Verbrechenstatbeständen gilt der Grundsatz, dass das Verwischen der Spuren eines Verbrechens durch den Täter selbst nicht selbständig unter Strafe steht (begünstigen können nur Dritte, vgl. Art. 305 StGB). Unter dem Titel „Anpassung des schweizerischen Steuerstrafrechts an die FATF-Empfehlungen“ sollte nicht eine solch grundlegende,

mit dem bisherigen Strafrecht nicht kompatible Erweiterung des Vergehenstatbestands des Steuerbetrugs vorgenommen werden.

Zudem ist die gesetzliche Qualifikation von Bilanzen und Erfolgsrechnungen als steuerstrafrechtliche Urkunden in zweifacher Hinsicht problematisch. Einerseits ist die Qualifikation von Schriftstücken, welche der Steuerpflichtige selber (und nicht ein Dritter) erstellt hat, als Urkunden verfehlt und führt dazu, dass im Falle der Einreichung einer Bilanz oder Erfolgsrechnung jede Steuerhinterziehung auch den objektiven Tatbestand des Steuerbetrugs erfüllt. Damit wird verkannt, dass Schriftstücke, welche der Steuerpflichtige selber erstellt hat, nicht jenes Vertrauensverhältnis begründen, dessen Missbrauch den Übergang von der Übertretung (Steuerhinterziehung) zum Vergehen (Steuerbetrug) rechtfertigen. Bilanzen und Erfolgsrechnungen bilden kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Steuerbehörden und Steuerpflichtigen, sondern sie bilden die Ausgangslage für die steueramtliche Prüfung. Andererseits führt die Qualifikation von Bilanzen und Erfolgsrechnungen zu einer steuerstrafrechtlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichheit zwischen jenen Steuerpflichtigen, die solche Schriftstücke den Steuerbehörden unterbreiten und jenen Selbständigerwerbenden, welche lediglich die steueramtlichen Hilfsblätter einreichen und dabei eine Steuerhinterziehung begehen. Erstere begehen in jedem Fall einen Steuerbetrug, während dies bei Letzteren nicht der Fall ist, obwohl der Unrechtsgehalt der Taten der Gleiche ist.

Wir schlagen deshalb als bevorzugte Variante für Art. 186 Abs. 1 E-DBG einen Tatbestand *ohne* Arglist vor. In jedem Fall ist der letzte Halbsatz zu streichen: „oder die Steuerbehörde in einem Irrtum bestärkt.“ Zudem sollten die Bilanzen und Erfolgsrechnungen nicht mehr als Urkunden aufgeführt werden.

„Art. 186 Abs. 1 E-DBG

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer vorsätzlich eine Steuerhinterziehung nach Art. 175 Absatz 1 erster Tatbestand begeht, indem sie oder er:

- ~~a. gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden **wie Geschäftsbücher, Bilanzen, Erfolgsrechnungen oder Lohnausweise** und andere **Bescheinigungen -immungen** Dritter zur Täuschung gebraucht, oder~~
- ~~b. **die Steuerbehörde durch Verspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder sie in einem Irrtum arglistig bestärkt.**~~

b. Art. 186 Abs. 1^{bis} E-DBG

Bei der Umschreibung des Verbrechenstatbestands ist auch dem Aspekt der Praktikabilität, vor allem, im Hinblick auf die Geldwäschereimeldeverpflichtungen der Finanzintermediäre, Rechnung zu tragen. Auf Bankenseite besteht Konsens darüber, dass neben dem Schwellenwert von CHF 600'000 als weiteres qualifizierendes Element die mehrfache Begehung hinzutreten sollte. Mit Letzterem ist die Begehung des einfachen Steuerbetruges in mehreren, d.h. mindestens zwei, aufeinanderfolgenden Steuerperioden gemeint. Nur unter Berücksichtigung dieser Mehrfachbegehung, wonach erst ein mehrfach begangener Steuerbetrug als Verbrechen qualifiziert, ist die Methodik für die von den Meldepflichten betroffenen Finanzintermediäre praktikabel.

Zudem wird im Entwurf von Steuerfaktoren gesprochen. Diese beinhalten jedoch nebst den Einkommens- und Gewinnsteuern auch die Vermögenssteuer. Richtigerweise sollte (zumindest im StHG, das DBG kennt keine Vermögenssteuern) auf „Einkommens- und Gewinnsteuerfaktoren“ fokussiert werden. Der Entwurf ist in diesem Sinne zu spezifizieren (vgl. Art. 186 Abs. 1^{bis} E-DBG sowie auch Art. 59 Abs. 1^{bis} StHG). Ansonsten würde der Schwellenwert rascher erreicht als vorgesehen, da die wiederholt nicht deklarierten Vermögenswerte erst nach 10 Jahren verjähren. Damit wird faktisch ein Schwellenwert von CHF 60'000 pro Jahr angewendet für die Annahme des „erheblichen Ausmasses“.

„Art. 186 Abs. 1^{bis} E-DBG

*Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer einen Steuerbetrag nach Absatz 1 begeht, wenn die nicht deklarierten **Einkommens- und Gewinnsteuerfaktoren mindestens 600'000 Franken betragen und sich auf mehrere aufeinanderfolgende Steuerperioden beziehen.**“*

„Art. 59 Abs. 1^{bis} E-StHG

*Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer einen Steuerbetrag nach Absatz 1 Buchstabe a begeht, wenn die nicht deklarierten **Einkommens- und Gewinnsteuerfaktoren mindestens 600 000 Franken betragen und sich auf mehrere aufeinanderfolgende Steuerperioden beziehen.**“*

c. Art. 186 Abs. 4 E-DBG

Dieser Absatz ist ersatzlos zu streichen. Es besteht bereits ein strafrechtliches Hilfsmittel, um Personen, die an einem Vergehen oder Verbrechen beteiligt sind, mit zu bestrafen. Mit dieser Bestimmung geht ein für den einzelnen Finanzintermediär aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs „Beteiligung“ derzeit kaum abschätzbares Haftungsrisiko für allfällige Steuerhinterziehungen seiner Kunden einher.

Eine solidarische Mithaftung für hinterzogene Steuern widerspricht jeglichen strafrechtlichen Grundsätzen. Als einzige Sanktion für die Begehung von Teilnahmehandlungen steht richtigerweise die Busse (allenfalls eine Freiheitsstrafe) zur Verfügung. Dabei könnte der Bussenrahmen durchaus höher angesetzt werden, als dies bisher für die Steuerhinterziehung (CHF 10'000 bzw. 50'000 Fr.) der Fall ist. Konsequenterweise sollte nicht nur Art. 186 Abs. 4 E-DBG gestrichen, sondern die solidarische Haftung von Teilnehmenden auch aus Art. 177 Abs. 1 DBG (und Art. 56 Abs. 3 StHG) entfernt werden. Im Gegenzug sollte der Strafrahmen für die Bussen deutlich z.B. auf CHF 50'000, bzw. CHF 250'000 erhöht werden.

„Art. 186 Abs. 4 E-DBG

~~*Wer an einem Steuerbetrug nach Absatz 1 und 1bis beteiligt ist, haftet solidarisch für die hinterzogenen Steuern“*~~

1.2. Transparenz der juristischen Personen – wirtschaftlich Berechtigte

9

Der Einführung einer generellen Pflicht in Art. 2a Abs. 4 i.V.m. Art. 4 E-GwG zur Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten einer operativ tätigen juristischen Person, welche direkt oder indirekt mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmrechtsanteils an dieser beteiligt sind, stimmen wir mit Blick auf den Nachvollzug der FATF-Vorgaben grundsätzlich zu. Bisher erfüllte das Schweizerische Recht diesen Grundsatz nicht, weshalb er neu einzufügen ist.

Dennoch gibt es etliche Rechtsbegriffe in Art. 2a Abs. 4 E-GwG, die es besser zu umschreiben bzw. zu konkretisieren gilt:

- Direkte oder indirekte Beteiligung: Hier bleibt es fraglich, ob auch das treuhänderische Halten von Beteiligungen mit umfasst ist. Aufgrund der ratio legis sind solche Fälle als mitefasst zu betrachten und gegebenenfalls vom Element "... oder sie auf andere erkennbare Weise kontrollieren" abgedeckt. Es würde der Rechtssicherheit dienen, Missverständnissen - vor allem in Bezug auf die Begriffe "*direkt oder indirekt*" - vorzubeugen und Interpretationsfragen zum Erfordernis "... auf andere erkennbare Weise kontrollieren" zu vermeiden, indem treuhänderische Konstellationen explizit ausgeschlossen werden oder aber festgehalten wird, dass in solchen Fällen ein Durchgriff stattfinden muss.
- Kontrolle auf andere erkennbare Weise: Die Bestätigung der „Kontrolle auf andere Weise“ ist von der Gesellschaft abzugeben. Es fragt sich, welche eigenständige Bedeutung dem Erfordernis der Erkennbarkeit zukommt. Bestehen keine Beteiligungsverhältnisse von mehr als 25 Prozent und sind den Vertretern der Gesellschaft keine solchen bekannt, und kann die Gesellschaft daher dem Finanzintermediär keine Angaben liefern, wer sie de facto kontrolliert, so kommt ohne weiteres die dritte Stufe der Kaskade zu Anwendung. Um diese Fragen zu klären regen wir an, den Begriff "*erkennbar*" entweder zu konkretisieren oder dann den Satzteil "... auf andere erkennbare Weise kontrollieren" ersatzlos zu streichen.

Generell ist auch darauf hinzuweisen, dass im Interesse der Rechtssicherheit terminologische Kongruenz mit den entsprechenden neuen Bestimmungen im OR ("*Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten*") anzustreben ist.

Damit die Gesellschaften über die von der Bank künftig zu erhebenden Feststellungen Auskunft geben können, bedarf es der Schaffung von Transparenz bei den Inhaberaktien und damit der Aufnahme entsprechender Bestimmungen im OR. Ziel des Vorentwurfs ist es, dass Inhaberaktien von nicht-börsenkotierten Unternehmen künftig wahlweise einer Meldepflicht (des Aktionärs) bei der Gesellschaft, einer Verwahrung bei einem Finanzintermediär oder einer vereinfachten Umwandlung in Namenaktien unterliegen sollen. Diese Wahlmöglichkeit wird begrüsst. Damit bleibt die Inhaberaktie grundsätzlich weiterhin bestehen. Von den Gesellschaften wird sodann verlangt, dass sie für alle nicht-börsenkotierten Unternehmen (Namen- und Inhaberaktien) vorsehen, dass neben dem nun bekannten Aktionär auch der wirtschaftlich Berechtigte an der Aktie bei der Gesellschaft selbst angegeben werden muss, was bei Nichteinhaltung unter Strafe gestellt wird. Diese Führung eines „Aktionärsregisters“ bei der Gesellschaft ermöglicht es den Banken, den für sie geltenden Anforderungen nach GwG nachzukommen.

Zentral wird dabei aber sein, dass die gemäss dem Aktienrecht (OR) festzustellenden Angaben über den Aktionär sowie den wirtschaftlich Berechtigten die gleichen Angaben sind, wie sie die Banken aufgrund des GwG für die Eröffnung einer Geschäftsbeziehung benötigen. Bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an den Aktien wird auf die Art. 2a Abs. 3 und 4 E-GwG verwiesen, was zu begrüssen ist (vgl. Art. 697j, resp. Art. 790a E-OR). Erforderlich ist aber auch, dass die zu dokumentierenden Angaben der Aktionäre selbst den Sorgfaltspflichten im Bereich GwG entsprechen (vgl. Ziff. 22 resp. 27 der Vereinbarung über die Standesregeln der Banken, VSB08), was in der Vorlage nicht der Fall ist. Die entsprechenden Bestimmungen sind deshalb wie folgt zu ändern:

„Art. 697i (neu) OR

*1 Wer Inhaberaktien einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt, muss den Erwerb, seinen Vor- und seinen Nachnamen, **Geburtsdatum, Nationalität** oder seine Firma sowie seine **effektive** Adresse unverzüglich der Gesellschaft melden.“*

Analog gilt es auch Art. 697j (neu); Art. 790a (neu) sowie Art 837 OR anzupassen.

Wir lehnen es dagegen ab, dass mit der Einführung der neuen Feststellungspflichten im GwG die bisher geltenden Grundsätze ebenfalls revidiert resp. teilweise über Bord geworfen werden:

- a. **Die Vermischung des „legal owner“ mit dem eigentlichen „beneficial owner“ an den Vermögenswerten wird abgelehnt.** Aufgrund der neu im GwG formulierten Feststellungspflichten müssen nicht mehr die wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten, sondern die eigentlichen Anteilseigner an der Gesellschaft bestimmt werden. Die Vermischung dieser beiden Begriffe führt u.E. zu einer Rechtsunsicherheit und stellt die bisherigen Regeln und Ausnahmebestimmungen in Frage. Wird beispielsweise bei einer nicht-börsenkotierten Gesellschaft der Aktionär, der mehr als 25 Prozent des Kapitals besitzt, als Anteilseigner festgestellt, fragt sich, ob der wirtschaftlich Berechtigte an den Vermögenswerten zusätzlich festgestellt werden muss.
Es wäre deshalb aus unserer Sicht wünschenswert, dass die Abklärungen hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nicht unter die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten subsumiert, sondern getrennt davon eingeführt würden.
- b. **Abgelehnt wird, dass wirtschaftlich berechtigte Personen nach der Vorlage nur natürliche Personen sein können (vgl. Art. 2a Abs. 3 E-GwG).** Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen der wirtschaftlich Berechtigte eine kotierte Gesellschaft ist. In diesen Fällen sollte eine weitere Abklärung bzw. Erfassung des wirtschaftlich Berechtigten entfallen. Der neu geschaffene Art. 2a Abs. 3 E-GwG sollte mit einer entsprechenden Limitierung resp. der Aufzählung von Ausnahmen ergänzt werden.
- c. **Art. 4 E-GwG stellt im Ergebnis eine Abkehr vom bisher gelebten Vermutungsprinzip dar, was abgelehnt wird.** Für alle Beziehungen mit natürlichen Personen gilt es künftig den wirtschaftlich Berechtigten festzustellen. Diese Feststellung ist entweder mittels einer Erklärung des Vertragspartners in den in Art. 4 Abs. 2 E-GwG definierten Fällen oder mittels eines internen Vermerks, dass keine Zweifel an der Identität zwischen Vertragspartner und dem wirtschaftlich Berech-

tigten bestehen, zu machen. Diese neuen Vorgaben stellen eine enorme Abkehr vom bisherigen Gelebten dar. Das Beibehalten gelebter Strukturen und Praxis stellt aber einen wesentlichen Punkt bei der kommenden Umsetzung der Empfehlungen dar. Je einheitlicher das System, desto korrekter wird es umgesetzt werden können.

Zum einen widerspricht diese Regelung dem Grundsatz, dass Negative nicht explizit belegt werden müssen; zum anderen sind in der Praxis Auslegungsschwierigkeiten und Unsicherheiten zu befürchten betreffend die Anforderungen an den Nachweis des Nichtbestehens von Zweifeln und die Frage, wie detailliert dieser Nachweis intern zu dokumentieren ist. So steht im erläuternden Bericht auch bereits, dass dieser zu belegen sei. Dies weckt den Verdacht, dass eine einfache Aktennotiz dafür kaum ausreichen wird.

Diese Abkehr vom Vermutungsprinzip wird auch so nicht von Seiten FATF gefordert. Vielmehr wird diese künftige routinemässige Einholung eines Formulars A dazu führen, dass die Bank, bzw. die Bankmitarbeiter ihre Aufmerksamkeit nicht mehr im bisherigen Ausmass auf Anzeichen oder Indizien für begründeten Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung richten werden.

Eine naheliegende Lösung wäre allenfalls, in den Kontoeröffnungsunterlagen eine Checkbox (sinngemäss: "keine Zweifel") zu integrieren, was jedoch keine qualitativ befriedigende Lösung wäre. Andererseits muss aus praktischen Gründen dieser zusätzliche Erklärungs- und Dokumentationsaufwand gering gehalten werden, insbesondere für Kundensegmente, bei denen ein Auseinanderfallen von Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigten selten der Fall ist (v.a. Retailkunden). Sollte die Beibehaltung des bisher angewandten Vermutungsprinzips tatsächlich keine Option sein, so scheint ein konsequentes Feststellen des wirtschaftlich Berechtigten mittels Erklärung des Vertragspartners die bessere Lösung zu sein (generelle Einführung des Formulars A gemäss VSB08).

Ferner ist in Bezug auf Art. 4 Abs. 3 E-GwG noch darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis, Änderungen an der Liste der wirtschaftlich Berechtigten bei Sammelkonten unverzüglich zu melden, zu restriktiv ist. Der Begriff „*unverzüglich*“ sollte gestrichen oder allenfalls durch „*innert angemessener Frist*“ ersetzt werden

1.3. Ausweitung des GwG-Dispositivs auf Immobilien- und Fahrniskäufe

Die Anknüpfung an das Rechtsgeschäft und die entsprechende Regelung im GwG ist u.E. dogmatisch und konzeptionell falsch. Die Ausweitung des GwG-Dispositivs ist deshalb abzulehnen. Die Immobilienhändler, Notare und Rechtsanwälte sind direkt dem GwG zu unterstellen, auch wenn sie nicht als Finanzintermediäre tätig werden. Mit dem Vernehmlassungsvorschlag werden stattdessen die Verantwortlichkeiten von den genannten Berufen an die Finanzintermediäre übertragen, was für diese mit erheblichem Aufwand verbunden ist. Auch wenn hohe Barzahlungen heute als ungewöhnlich zu taxieren sind, sollten die primären Verantwortlichkeiten zur Abklärung und die erhöhten Sorgfaltspflichten bei den oben erwähnten Berufsgruppen liegen und nicht nach dem Prinzip "follow the money" den Finanzinterme-

diär übertragen resp. delegiert werden. Wir wehren uns strikte gegen eine derartige „Verfälschung“ der Verantwortlichkeiten.

12

Den Finanzintermediären Pflichten zu überbinden, birgt für diese überdies grosse Risiken - vor allem mit Hinblick auf künftige, noch nicht erfolgte Bestätigungen – und ist bereits unter diesem Aspekt abzulehnen. Ein Käufer kann beispielsweise, wie für andere Zahlungsaufträge auch, von seiner Bank einen entsprechenden Beleg des Zahlungsauftrages erhalten, aus welchem Zahlungsempfänger, Betrag und Zahlungsgrund ersichtlich sind. Es muss Sache der Parteien des Kaufvertrages bleiben, die Zahlung über einen Finanzintermediär sicherzustellen; der übliche Bankbeleg für einen ausgeführten Zahlungsauftrag kann und sollte als Nachweis zuhanden der Vertragsparteien, des Notars und des Grundbuchamtes genügen.

Generell bleibt zudem fraglich, inwiefern mit dieser partiellen Ausweitung des Geltungsbereichs des GwG ein wirksamer Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei geleistet wird. Die Ausweitung richtet sich primär an die Vertragsparteien, verpflichtet aber die Finanzintermediäre zur Überprüfung. Die Vertragsfreiheit wird indessen nicht eingeschränkt. Damit obliegt es den Parteien die Zahlungsmodalitäten festzulegen. Sie können somit eine gestaffelte Zahlungsabwicklung mit jeweils Beträgen unter CHF 100'000 festlegen, oder aber auch ein Tauschgeschäft vornehmen. Dadurch wird das GwG-Dispositiv umgangen. Die Verantwortung kann und darf deshalb nicht bei den Finanzintermediären liegen, sondern sollte bei den direkt involvierten Parteien sein.

1.4. Kompetenzausweitung der MROS, Abschaffung des Melderechts (305ter StGB)

Im Grundsatz ist die Anpassung des Meldesystems aufgrund der Neuerung im Steuerbereich - Fiskalverbrechen als Vortat zu Geldwäscherei - nachvollziehbar. Die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) bedarf für ihre Analysen der Verdachtsmeldungen mehr Zeit und auch Unterstützung durch eine nationale Amtshilfe. Damit einhergehend sollen deshalb Behörden der MROS auf deren Ersuchen alle für ihre Analysen der Verdachtsmeldungen erforderlichen Informationen übermitteln (vgl. Art. 29 Abs 2, 2^{bis} und 2^{ter} E-GwG). Da solche vertieften Analysen weit mehr Zeit benötigen, als die bisherige Sperrfrist von 5 Arbeitstagen vorgibt, wird ferner vorgesehen, auch die Sperrfrist aufzuheben, resp. erst zur Anwendung zu bringen, wenn die MROS aufgrund ihrer Analyse eine Weiterleitung der Meldung an die Bundesanwaltschaft beschliesst (Art. 10 E-GwG).

Zwischenzeitlich, das heisst nach erfolgter Meldung durch die Bank, liegt die Verantwortung, dass die Gelder der Strafverfolgung nicht entzogen oder zu Terrorismuszwecken missbraucht werden, aber einzig beim Finanzintermediär (vgl. Art. 9a Abs. 2 E-GwG). Diese Übertragung der gesamten Verantwortung auf die Banken ist strikte abzulehnen. Daran vermag auch der vorgeschlagene Art. 9a Abs. 1 E-GwG nichts zu ändern, wonach die Finanzintermediäre die Kundenaufträge unter Vorbehalt des Abs. 2 weiterführen. Die Banken müssen nämlich die Beziehung überwachen und erkennen, ob es sich bei den Kontobewegungen um eine Entziehung oder einen Missbrauch handelt. Bis anhin konnte der Finanzintermediär alle Kanäle sperren, neu muss er alle überwachen. Diese Verlagerung der Verantwortung ist umso mehr abzulehnen, als nicht einmal eine maximale Zeitspanne (bspw.

15 Arbeitstage) festgelegt wird, binnen welcher die MROS die Sperre nach Art. 10 GwG geltend machen muss. Lässt sich die MROS in ihrer Analysetätigkeit Zeit, hat die Bank das Nachsehen. Wir schlagen deshalb vor, in Art. 10 E-GwG eine maximale Zeitspanne einzuführen, innert derer die MROS dem Finanzintermediär mitzuteilen hat, ob sie eine Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden vorsieht oder nicht:

„Art. 10 E-GwG

*1 Der Finanzintermediär sperrt die ihm anvertrauten Vermögenswerte, die mit der Verdachtsmeldung nach Artikel 9 in Zusammenhang stehen, sobald, ihm die Meldestelle mitteilt, dass sie diese Meldung an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleitet. Diese Mitteilung an den Finanzintermediär hat **spätestens 15 Arbeitstage seit Meldung zu erfolgen.**“*

Zugleich wird das bisher geltende Melderecht nach Art. 305^{ter} StGB aufgehoben, mit der Begründung, das Nebeneinander von Melderecht und Meldepflicht sei ein Kritikpunkt der FATF anlässlich der letzten Länderprüfung gewesen. Das Melderecht ist aus unserer Sicht klar beizubehalten. Den Banken bleibt damit ein Ermessensspielraum bei den Meldungen. Mit der Abschaffung des Melderechts besteht für die Banken ein grösseres haftungsrechtliches Risiko, da nicht wie bis anhin bereits einfache Verdachtsfälle gemeldet werden können. In der Praxis wird es durch die uneinheitliche Handhabung bei den einzelnen Banken zu einer Verschiebung der Meldeschwelle führen, d.h. dass gerade die nicht eindeutig klaren Fälle von einigen Banken gar nicht mehr, von anderen Banken aber immer gemeldet werden. Dies wird in der Folge die zumindest bislang (relativ) klaren Anforderungen an eine Meldung verwässern.

Wir regen ferner an, zu prüfen, ob Art. 9a Abs. 2 lit.a E-GwG im folgenden Sinne eine gewisse Flexibilität für Bagatellfälle erlauben sollte:

„Art. 9a Abs. 2 E-GwG

Er muss der Meldestelle Kundenaufträge unverzüglich mitteilen, die dazu dienen können:
*a. die Einziehung der gemeldeten Vermögenswerte **im substanziellen Umfang** zu vereiteln; oder*
b. Terrorismus zu finanzieren (Art. 260quinquies Abs. 1 StGB31).“

Ferner wäre es für den meldenden Finanzintermediär sehr hilfreich, zu erfahren, aus welchen Gründen eine Meldung nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wurde. Deshalb wird beantragt, Art. 23 Abs. 5 E-GwG entsprechend auszuweiten:

„Art. 23 Abs. 5 E-GwG

*Die Meldestelle informiert den betroffenen Finanzintermediär darüber, ob sie die Meldung nach Artikel 9 an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleitet oder nicht **und orientiert über die Gründe für den Entscheid.**“*

Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme und Ihre wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

14

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Pascal Baumgartner



Fiona Hawkins