

10
2001

Weiterbildungsseminare HSG
Universität St. Gallen

Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz

Herausgegeben vom Tagungsleiter
Professor Dr. Peter Nobel

Beiträge von

Prof. Paolo Bernasconi
Dr. Peter R. Isler
Dr. Peter Klauser
Prof. Dr. Peter Nobel
Fürspr. Thomas Schönholzer
Prof. Dr. Wolfgang Wiegand



Stämpfli Verlag AG Bern · 2002

Pflichten und Risiken für den Finanzintermediär vor, bei und nach einem Geldwäschereiverdacht*

VON PAOLO BERNASCONI**

Inhaltsverzeichnis

<i>Einführung</i>	58
I. Deliktswarungende Sorgfaltspflichten	58
1. Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten einer Geschäftsbeziehung	58
2. Dokumentationspflicht	60
II. Sorgfaltspflichten betreffend nicht kooperative Länder	61
1. Dämonisierung der Off-Shore-Sitzgesellschaften	61
2. Extraterritoriale Ausdehnung der Sperr- und Meldepflicht	63
III. Sorgfaltspflichten betreffend illegale Vermögenswerte	64
1. Verbrechen als Haupttat der Geldwäscherei	64
2. Verbrechen und Vergehen de lege ferenda	65
3. Geldwäscherei als Vortat der Geldwäscherei	66
4. Für eine neue Definition der Haupttat der Geldwäscherei	67
IV. Sorgfaltspflichten betreffend Terrorismus	67
1. Durch behördlich veranlassten, begründeten Verdacht ausgelöste Sperr- und Meldepflicht	67
2. Abklärungen über die Verwendung der Vermögenswerte	69
V. Sorgfaltspflichten betreffend Politically Exposed Persons (PEP) ..	70
VI. Risiken betreffend Zoll- und Steuerdelikte	72
1. Beschränkte Pflichten gemäss GwG	72
2. Besondere Risiken bei ausländischen Verfahren wegen Zoll- und Steuerdelikten	73
VII. Durch Verfügungen im Rahmen internationaler Amts- oder Rechtshilfeverfahren indirekt ausgelöste Pflichten	74
VIII. Pflichten betreffend risikobelastete Kundengeheimnisse	76
1. Rasterfahndung und steuerrelevante Bankauskünfte	76
2. Diffusion Risk	78
Anhänge	
Anhang A	
Tabelle «Illegaler Handel als Vortat der Geldwäscherei»	79

* Das Manuskript wurde im Wesentlichen bereits im März 2002 erstellt. Die durch den Entwurf für eine EBK-Geldwäschereiverordnung eingeschaltete tief greifende Revision der Sorgfaltspflichten für die Finanzintermediäre (siehe EBK-Medienmitteilung vom 8.7.2002, www.ebk.admin.ch) konnte daher nur noch durch einige Verweise in den Fussnoten eingeflochten werden.

** Der Autor bedankt sich bei Frau Dr. Helena Glaser Tomasone, Fürsprecherin, und Frau Raffaella Martinelli, Rechtsanwältin, beide wissenschaftliche Mitarbeiterinnen der Anwaltskanzlei Sganzi Bernasconi Peter & Gaggini in Lugano, für die Mitarbeit an der schriftlichen Fassung dieses Beitrags.

Anhang B

Tabelle «Kriegsmaterial, Güter i.S.v. Güterkontrollgesetz, Waffen und Sprengstoffen: Strafbarkeit des Handels ohne Bewilligung».....	80
--	----

Anhang C

Tabelle «Informationsflüsse betreffend Vermögenswerte verdächtigen Ursprungs und deren wirtschaftlich Berechtigte».....	81
---	----

Anhang D

Tabelle «Risiken für den Finanzintermediär bei Verfahren gegen dessen Kunden oder Dritte».....	82
--	----

Einführung

Die internationalen und innerstaatlichen Vorkehrungen zur Abwehr der Kriminalität mittels Abwehr der Geldwäscherei betreffen das Risk Management der Finanzintermediäre direkt: Einerseits haben sie die Risiken der sich auch in der legalen Wirtschaft infiltrierenden Kriminalität ans Licht gebracht; andererseits haben sie eine Reihe neuer Pflichten gesetzlich verankert, deren konkrete Handhabung oft mit Risiken verbunden ist. Mit seiner Initiative vom 4. Oktober 2001 mit dem Titel «Customer due diligence for banks» versucht das Basler Komitee für Bankenaufsicht, die Aufsichtsbehörden und die Banken über die Bedeutung der Geldwäschereiabwehr im Rahmen des Risk Management¹ zu überzeugen. Dieses Anliegen wird mit einer spezifischen Einführung in die Begriffe der verschiedenen Risikoarten (Reputational Risk, Operational Risk, Legal Risk, Concentration Risk) besonders hervorgehoben. Unser Thema wird demnach sowohl unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Pflichten als auch unter demjenigen der Risiken für den Finanzintermediär behandelt². Es soll damit ein Beitrag zur Dämpfung des «Titanic-Syndroms» («wir sind unsenkbar») geleistet werden; diese nicht nur im Finanz- und Börsenbereich verbreitete Haltung birgt nämlich bedeutende Risiken in sich.

I. Deliktswarrende Sorgfaltspflichten

1. Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten einer Geschäftsbeziehung

Der «lange Marsch» durch den Dschungel anonymer Geschäftsbeziehungen auf den Finanz- und Börsenplätzen der Welt ist noch nicht beendet: In der Schweiz wurde der als juristisches Monstrum (weder Fisch noch Vogel, weder Eigentümer noch Besitzer) zu bezeichnende Begriff des wirtschaftlich Berechtigten³ durch die

¹ Siehe HERBERT BUFF, Compliance. Führungskontrolle durch den Verwaltungsrat, Zürich 2000, Kapitel mit dem Titel «Risk Management als Element der Corporate Governance», 275 f.

² Siehe Anhang D. Angesichts laufender neuer Entwicklungen mussten bezüglich der Vollständigkeit einige Kompromisse eingegangen werden.

³ Vgl. zum letzten Stand der Lehre und der Rechtsprechung RITA TRIGO TRINDADE, Jurisprudence récente en droit bancaire privé, in: Journée 2000 de droit bancaire et financier,

Unterzeichnung der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken am 1.7.1977 offiziell in das Normensystem eingeführt⁴. Der «lange Marsch» stolperte sodann über das inzwischen abgeschaffte Formular B, bis die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten durch Art. 305^{ter} StGB kodifiziert wurde. Entscheidenden Rückhalt erhielten das sog. Formular A – sowie sämtliche Schriften und Aufzeichnungen auf Bild- und Datenträgern, welche die im Formular A vorgesehenen Angaben enthalten – durch ein Bundesgerichtsurteil vom 30.11.1999⁵: Danach stellt das tragende Instrument dieser Angaben eine Urkunde i.S. von Art. 110 Ziff. 5 StGB dar; dessen Fälschung und dessen Verwendung in Kenntnis dessen Fälschung, etwa durch Ablage in die Kontoeröffnungsbelege seitens eines Bankangestellten oder eines sonstigen Finanzintermediärs, sind als Urkundenfälschungen i.S. von Art. 251 StGB strafbar⁶.

Eine zivilrechtliche Haftung ist hingegen wohl nur in sehr qualifizierten Fällen denkbar, in denen die mangelnde Sorgfalt bei der Identifizierung in einem Kausalzusammenhang zum verursachten Schaden steht⁷. Trotz der unleugbaren Fortschritte ergeben sich in der Praxis noch immer zahlreiche Lücken, insbesondere aufgrund des Umstands, dass die Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten vom Vertragspartner und nicht von ihm selber geliefert und bestätigt werden. Daher steigt die Überzeugung, dass der Riese, der den Namen «Geldwäschereiabwehr mittels Paper Trail» trägt, noch immer Tonerdefüsse besitzt. Der Vertragspartner kann lügen bzw. eine inzwischen erfolgte Veränderung betreffend die Identität des von ihm angegebenen wirtschaftlich Berechtigten verschweigen, ohne dass der Finanzintermediär dies zu bemerken vermochte; Letzterer kann sich bei komplizierten gesellschaftlichen Konstellationen auch gutgläubig irren. Es ist deshalb nicht

THÉVENOZ/BOVET (Hg.), Vol. 6, Berne 2001, 215 ff.; SYLVAIN MATTHEY, La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Chapuis, Zurich 1998; GUY STANISLAS, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseigner de la banque, SJ 1999 II 309; PETER NOBEL, Der wirtschaftlich Berechtigte – Ein unsicheres Konzept, SZW 5/99, 258.

⁴ Vgl. zu den neusten Entwicklungen betreffend die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten die Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, Bern, Februar 2002, Kapitel C. Ziff. 2. (http://www.swissbanking.org/auf_sorg_d_ber.pdf).

⁵ Ein Auszug davon wurde in der Semaine Judiciaire (SJ) 2000, Vol. I, S. 234 ff. (BGer 6S.346/1999, B. c. Procureur général de Genève et banque X.) veröffentlicht; siehe auch das Urteil vom 30.3.1989 des Wirtschaftsstrafgerichts des Kantons Bern in ZBJV 129/1993, 316; in diesem Sinne bereits MARTIN FREY, Verfahrensordnung und Sanktionen unter der VSB 1987, Schweizer Treuhänder 4/89, 118.

⁶ Siehe insbesondere Erw. 4c: «Ainsi, tant au regard de la CDB que de l'art. 305^{ter} CP, il apparaît que la formule A occupe une place cardinale dans la lutte contre la criminalité économique. Il ne s'agit pas d'un formulaire quelconque mais d'un document essentiel dans ce combat. Aussi bien dans la vie des affaires qu'en justice, la formule A, destinée à révéler l'ayant droit économique, a une vocation à prouver. Son contenu est censé être conforme à la vérité et son destinataire doit pouvoir s'y fier compte tenu de la difficulté générale de vérifier l'exactitude de la déclaration (en ce sens ATF 125 IV 17 cons. 2b/dd p. 29). Dans ces conditions, la formule A doit se voir reconnaître une crédibilité accrue.»

⁷ Die Praxis zu Art. 305^{bis} StGB ist hier sinngemäss anwendbar, wie dies von URSULA CASSANI, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime, in: FS für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 393 ff., vertreten wird.

erstaunlich, dass das Basler Komitee für Bankenaufsicht⁸ nochmals aktiv wurde, nachdem der erste Meilenstein in Form der «Principles» durch eben dieses Komitee bereits am 12. Dezember 1988 gelegt wurde. Unter dem Kapitel Nr. 2.2.6 mit dem Titel «Non-Face-To-Face Customers» wird der Grundsatz festgehalten, wonach die Banken dieselben Sorgfaltspflichten und Abläufe zur Identifizierung von «Non-Face-To-Face»-Kunden anzuwenden haben, die für die «Face-to-Face»-Vertragspartner zur Anwendung kommen⁹. Die «Non-Face-To-Face»-Kunden werden als risikobehaftete Kunden bezeichnet, weshalb mit erhöhter Sorgfalt vorzugehen ist. Es werden folgende Massnahmen genannt: direktes Verhältnis zum Kunden; Empfehlung durch eine Drittperson, eventuell einen «Introducer», der demselben KYC-Minimalstandard untersteht; notarielle Beurkundung der wenn möglich mit beglaubigtem Datum und Unterschrift versehenen Fotokopien der Identitätsausweise; erste Einzahlung über ein auf den Namen des Kunden lautendes Konto bei einer anderen Bank, die denselben KYC-Standards untersteht. Banken, die solche oder vergleichbare Sorgfaltspflichten bereits spontan eingeführt haben, werden selbstverständlich nur zufrieden darüber sein, dass solche Sorgfaltspflichten inskünftig generell anzuwenden sind. Es bleibt nur abzuwarten, wie die Kunden reagieren werden, die an den hunderttausenden von Sitzgesellschaften wirtschaftlich berechtigt sind, die Konten bei Finanzintermediären auf den wichtigsten Finanzplätzen der Welt besitzen.

2. Dokumentationspflicht

Der Finanzintermediär, der Finanzgeschäfte durchführt¹⁰ und es unterlässt, die zur Identifizierung notwendigen Belege¹¹ zu erstellen und aufzubewahren, verletzt Art. 7 GwG. Gemäss einem Tessiner Urteil¹² wäre dieselbe Unterlassung auch gemäss Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB strafbar, was offensichtlich gegen den klaren Gesetzeswortlaut in den drei Sprachen (Identität feststellen, vérifier l'identité, accertare l'identità) und somit gegen das in Art. 1 StGB verankerte Legalitätsprinzip verstösst. Die gesetzliche Verankerung der Identifizierungspflicht bezweckte die Abschaffung anonymer Bank- und Finanzbeziehungen, die trotz der VSB vom 1.7.1977 weiterhin bestanden. Der Gesetzgeber wollte die Ausnützung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses zu kriminellen, insbesondere zu Geldwäschereizwecken, verhindern. Ein weiterer strategischer Zweck, d.h. die Erleichterung der Strafverfolgung, hätte durch die Erstellungs- und Dokumentationspflicht gesichert werden sollen. Bei der Verabschiedung des am 1.8.1990 in Kraft getretenen Art. 305^{ter} StGB verzichtete der Gesetzgeber jedoch auf dieses zweite wichtige

⁸ Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Customer due diligence for banks, October 2001 (www.bis.org/publ/bcb85.htm).

⁹ Siehe Ziff. 45 und 48 der Know-Your-Customer Standards (KYC).

¹⁰ «Wer (...) annimmt und es unterlässt»; «Celui qui (...) aura accepté et qui aura omis»; «chiunque (...) accetta senza accertarsi».

¹¹ D.h. die Fotokopien von Identitätsausweisen bzw. die Handelsregisterauszüge für juristische Personen, wie von Art. 10 der Verordnung der Kontrollstelle zur Bekämpfung der Geldwäscherei vom 25.11.1998 vorgesehen.

¹² Urteil der I. Instanz des Tessiner Strafgerichts, Lugano, vom 3.8.2001 in Sachen P., das durch Urteil vom 21.6.2002 des Kassationshofes des Obergerichts des Kantons Tessin berichtigt wurde.

Ziel. Vielleicht standen zu jener Zeit hauptsächlich nur noch die Banken unter den Scheinwerfern der Politiker, und für sie bestand diese Pflicht bereits, aufgrund der VSB¹³. Hätte der Gesetzgeber damals auch die Unterlassung der Dokumentationspflicht ahnden wollen, so hätte er dies mittels derjenigen Formulierung getan, die in Art. 305^{ter} StGB eben gerade fehlt. Diese gravierende Lücke wurde nun durch Art. 7 GwG geschlossen, der als gesetzliche Konkretisierung von Art. 305^{ter} StGB erst am 1.4.1998 in Kraft trat.

Gemäss Art. 7 Abs. 3 GwG müssen alle Belege, die der Finanzintermediär über die getätigten Transaktionen und über die nach GwG erforderlichen Abklärungen – wozu auch diejenigen über die erfolgte Identifizierung nach Art. 305^{ter} StGB und nach Art. 3, 4 und 5 GwG zu zählen sind¹⁴ – erstellt, mindestens zehn Jahre aufbewahrt werden. Diese Frist¹⁵ beginnt, gemäss der in Art. 962 OR vorgesehenen Regel, ab Ablauf des Kalenderjahres, während dem die Unterlagen erstellt wurden. Nach Art. 962 Abs. 2 OR gilt die Aufbewahrungspflicht auch für Aufzeichnungen auf Bild- oder Datenträgern.

II. Sorgfaltspflichten betreffend nicht kooperative Länder

1. Dämonisierung der Off-Shore-Sitzgesellschaften

Der Kampf gegen die in nicht kooperativen Staaten gegründeten Sitzgesellschaften¹⁶ ist auch in der Schweiz von einer Reihe von Ereignissen gekennzeichnet: Im April 1977 blieben parlamentarische Vorstösse, die nach der Aufdeckung von Bankskandalen Massnahmen gegen den Missbrauch von Off-Shore-Sitzgesellschaften forderten, erfolglos. Das Versäumnis musste nachgeholt werden, als die Financial Action Task Force (FATF) der OECD am 22. Juni 2000 eine Schwarzwliste von fünfzehn nicht kooperativen Staaten und Gebieten veröffentlichte¹⁷, die seitdem – gestützt auf Prüfungsergebnisse und auf neue Entwicklungen – ständig auf den neusten Stand gebracht wird¹⁸. Die gemäss GwG zuständigen Behörden reagierten darauf wie folgt:

- a) Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) lud dazu ein, «bei Transaktionen und Geschäftsbeziehungen mit Personen, Gesellschaften und Finanzinstitu-

¹³ Es bestand die Pflicht, das Formular A zu erstellen oder sonst die Identität des wirtschaftlich Berechtigten «aktenkundig zu machen» (N. 44 VSB 87) (Art. 4 Abs. 3 VSB 92) bzw. «in einer Aktennotiz festzuhalten» (Art. 4 Abs. 3 VSB 98).

¹⁴ Um das Ziel des «audit trail» zu erreichen, das aus Art. 28 i.V. mit Art. 29 GwG deutlich hervorgeht; siehe auch Art. 23 und Art. 19 Abs. 4 des Entwurfs der Geldwäschereiverordnung EBK.

¹⁵ Die fünfjährige Frist von Art. 34 Abs. 1 GwG ist offenbar auf einen Fehler des Gesetzgebers zurückzuführen.

¹⁶ Vgl. die Definition der Sitzgesellschaft in Art. 18 der Verordnung der Kontrollstelle vom 25.11.1998.

¹⁷ Siehe http://www1.oecd.org/fatf/pdf/NCCT2000_en.pdf (First Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories).

¹⁸ Vgl. (Second) Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing the Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures, 22 June 2001, http://www1.oecd.org/fatf/pdf/NCCT2001_en.pdf.

ten der sog. Länder und Gebiete mit erhöhter Sorgfalt vorzugehen»¹⁹. Als Beispiele zur Anwendung dieser «erhöhten Sorgfalt» erwähnte die Mitteilung Folgendes:

«Insbesondere machen wir Sie auf die folgenden Punkte aufmerksam, welche namentlich in Erwägung gezogen werden müssen, wenn Zweifel in Bezug auf die wirtschaftliche Berechtigung an einem Vermögen, die Herkunft von Geldern und die Legalität von Transaktionen bestehen:

- Die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 3 VSB 98, namentlich Ziff. 30 Abs. 4, soweit Konten von anderen Banken betroffen sind;*
- die Pflicht, den wirtschaftlichen Hintergrund von Transaktionen abzuklären (Ziff. 6 EBK-RS 98/1);*
- die Pflicht, die Tätigkeiten der Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen in den vorgenannten Ländern und Gebieten zu überwachen (Ziff. 2 Rz 6 EBK-RS 98/1).»*

- b) Die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei gab die Anweisung, dass Transaktionen, die ganz oder teilweise über nicht kooperative Länder abgewickelt werden oder in welche natürliche oder juristische Personen aus diesen Ländern involviert sind, besonderer Abklärung im Sinne von Art. 6 GwG bedürfen²⁰.

Die vom GwG vorgesehenen Sorgfaltspflichten sind für alle Finanzintermediäre identisch. Deshalb gelten die in der EBK-Mitteilung 16 (2000) enthaltenen Konkretisierungsmassnahmen sinngemäss auch für Finanzintermediäre, die keine Banken sind.

Unter dem Gesichtspunkt der Abwehr der in der Einführung aufgelisteten Risiken erscheint die Anwendung einer erhöhten Sorgfalt bei Transaktionen und Geschäftsbeziehungen mit nicht kooperativen Ländern und Gebieten äusserst empfehlenswert, zumindest aufgrund der folgenden Überlegungen:

- a) Sitzgesellschaften in Off-Shore-Staaten, in anderen als nicht kooperativ bezeichneten Ländern und in anderen Ländern, die noch nicht aufgelistet wurden, aus dem einfachen Grund, dass noch keine Prüfung durch die FATF erfolgte, werden im Bereich des Private Banking meistens aus steuerlichen Zwecken verwendet. Diese Feststellung genügte bis heute, um hinsichtlich dieser Verwendung keine besondere Sorgfalt walten zu lassen. Wenn dies – Ausnahmen immer vorbehalten – für das Private Banking vertreten werden kann, so stellte sich in anderen finanziellen Bereichen heraus, dass bei allen grösseren internationalen Betrugs- und Geldwäschereifällen Sitzgesellschaften der oben genannten Länder missbraucht wurden, nicht nur zum Schaden aussenstehender Personen, sondern manchmal auch zum Nachteil von Finanzintermediären und/oder ihrer

¹⁹ Siehe EBK-Mitteilung 16 (2000), Beilage 1d, vom September 2000 sowie Art. 6 Abs. 2 lit. c, d, des Entwurfs der Geldwäschereiverordnung EBK.

²⁰ Siehe Informationsschreiben Nr. 9 vom 15. Juli 2000.

Kunden, was bereits zur Konkretisierung einiger in der Einführung aufgelisteter Risiken führte²¹.

- b) Die Schwarzauflistung durch die FATF der OECD führte unter anderem bei Behörden zu einer Art Pauschalkriminalisierung von in nicht kooperativen Ländern gegründeten Sitzgesellschaften: Auch wenn heutzutage die Verwendung einer Sitzgesellschaft (noch) nicht unbedingt als hinreichend verdächtig betrachtet werden kann, stellt man immer öfter fest, dass das Auftreten einer solchen Sitzgesellschaft im Rahmen einer Geschäftsbeziehung zu einer negativen Einstellung seitens der Behörden führt. So neigen etwa Straf- bzw. Zivilbehörden eher dazu, Vorsorgemassnahmen zu ergreifen, Aufsichtsbehörden ordnen leichter Disziplinarverfahren bzw. Ermittlungen an, ersuchte Verwaltungs- und Strafbehörden verfügen bereitwilliger die Ausführung internationaler Amts- und Rechtshilfeersuchen, manchmal auch, um sich nicht der Pauschalkritik seitens der Medien auszusetzen.

Der Hinweis auf den Missbrauch einer Bank oder eines anderen Finanzintermediärs gemäss Ziff. 30 Abs. 4 VSB 98 ist besonders hervorzuheben: In der Tat sind in der Praxis Fälle bekannt, bei denen Konten von Banken, die in Off-Shore-Ländern bzw. nicht kooperativen Ländern gegründet wurden, nicht nur zu Geldwäschereizwecken, sondern auch als Betrugsinstrument missbraucht wurden. Bekanntlich ist es heute immer noch möglich, in verschiedenen Ländern Banken zu gründen, welche die minimal anerkannten Anforderungen betreffend Organisation, Kapitalausstattung, Sorgfalt bei der Abwehr der Geldwäscherei usw. überhaupt nicht beachten. Bei Mutterhäusern von Banken, die in der Schweiz bewilligt sind, ergeben sich oft geschäftliche Beziehungen zu solchen Off-Shore-Banken durch ihre Filialen bzw. Zweigniederlassungen in Off-Shore-Ländern oder in nicht kooperativen Ländern. Ähnliche Erfahrungen ergaben sich in der Praxis nicht nur bei Off-Shore-Banken sondern auch bei Anlagefonds und Trusts in Off-Shore-Ländern und in nicht kooperativen Ländern. Die Suche nach Anonymität um jeden Preis hat schon ihre ersten Opfer gefordert.

2. Extraterritoriale Ausdehnung der Sperr- und Meldepflicht

Für Tausende Kunden schweizerischer Banken wurden in den letzten zehn bis zwanzig Jahren Bankkonten bei Filialen oder Zweigniederlassungen schweizerischer Mutterhäuser in Off-Shore-Ländern eröffnet. Es kommt daher nicht selten vor, dass ein begründeter Verdacht über die rechtmässige Herkunft von Vermögenswerten entsteht, die nicht mehr auf einem Konto in der Schweiz, sondern auf einem Konto bei der Filiale oder der Zweigniederlassung liegen. Handelt es sich um eine Zweigniederlassung, so kann angenommen werden, dass sie unter den Begriff des Finanzintermediärs nach Art. 2 GwG fällt. Anders verhält es sich bei einer

²¹ Für Details siehe PAOLO BERNASCONI, Off-Shore-Domizilgesellschaften als Instrument der Bestechung und der Geldwäscherei – Zehn neue Empfehlungen gegen den Missbrauch von Off-Shore-Domizilgesellschaften, in: Korruption im internationalen Geschäftsverkehr – Bestandesaufnahme – Bekämpfung – Prävention, PIETH/EIGEN (Hg.), Basel 1999, 354–372; ders., Achtung Briefkastenfirmen! Warnzeichen für Unternehmer, Treuhänder und Revisoren sowie für Staatsanwälte und Steuerfahnder, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 114, Bern 1996, 289 ff.

Filiale, die eine eigene juristische Persönlichkeit, unabhängige Organe, eigene Bilanzen usw. besitzt. Da keine direkte rechtliche Geschäftsbeziehung zwischen dem Mutterhaus in der Schweiz und dem Kunden der Off-Shore-Filiale besteht, scheint Art. 9 GwG nicht zur Anwendung zu kommen. Andererseits sieht Art. 2 der EBK-Richtlinien zur Bekämpfung der Geldwäscherei (RS 98/1) einen extraterritorialen Geltungsbereich vor, gerade um zu vermeiden, dass Finanzintermediäre ihre ausländischen Zweigniederlassungen und ihre ausländischen, im Bank- oder sonstigen Finanzbereich tätigen Konzerngesellschaften dazu missbrauchen, die Richtlinien zu umgehen. Daher werden in der Praxis von Mutterhäusern, die in der Schweiz eine Bankbewilligung besitzen, bei begründetem Verdacht auch Konten bei ihren Off-Shore-Filialen gesperrt. Es stellt sich dabei die Frage, ob eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 GwG besteht, zuhanden der Eidgenössischen Meldestelle also, die jedoch territorial nicht zuständig ist. Einer Mitteilung des schweizerischen Mutterhauses an ihre Off-Shore-Filiale könnte eine strikte Auslegung des Bankgeheimnisses entgegengehalten werden, denn in diesem Bereich ist Art. 4^{quinqies} BankG nicht anwendbar. Hingegen könnte die der Meldestelle erstattete Meldung gemäss Art. 32 GwG ins Ausland weitergeleitet werden²².

III. Sorgfaltspflichten betreffend illegale Vermögenswerte

1. Verbrechen als Haupttat der Geldwäscherei

Die Umschreibung des Begriffs der Haupttat der Geldwäscherei stellte eine erste Krux in der langsamen Entwicklung der Bekämpfung dieser Unterstützungsform der modernen Kriminalität dar. Dies bezeugen die mühsamen Verhandlungen vor der Verabschiedung internationaler Texte, etwa des Geldwäscherei-Übereinkommens Nr. 141 des Europarates oder der Richtlinien gegen die Geldwäscherei der Europäischen Union: Tatsächlich wählte jeder inländische Gesetzgeber zwischen verschiedenen Möglichkeiten, von der Auflistung der geldwäschereitauglichen Vortaten bis zu den ausgedehntesten Definitionen, die sogar Steuerdelikte beinhalten. Die vom schweizerischen Gesetzgeber gewählte Definition beruht auf der ohnehin veralteten Unterscheidung zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen gemäss Art. 9 und Art. 101 StGB. Die Nachteile dieser Definition werden immer offensichtlicher:

- a) Es gelten gewisse Vergehen als nicht geldwäschereitauglich, die in ihrer Schwere und Strafwürdigkeit durchaus mit bestimmten Verbrechen vergleichbar sind, so etwa Insider Trading, Kursmanipulation, Misswirtschaft, ungetreue Geschäftsbesorgung, Handel mit gefälschten Waren, einfache Geldwäscherei (siehe *infra*

²² Vgl. Art. 3 Abs. 3 des Entwurfs der EBK-Geldwäschereiverordnung (GwV EBK): «Die Meldung verdächtiger Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen und allenfalls eine Vermögenssperre richten sich nach den Vorschriften des Gastlandes». Über die Erleichterung des Zuganges zu internen Auskünften siehe Art. 7 Abs. 2, 3, 4 des Entwurfs der GwV EBK. Siehe zudem das Kapitel mit dem Titel «Internationales» in den jährlichen Rechenschaftsberichten der Meldestelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei sowie FIUs in Action: 100 Cases from the Egmont Group, Egmont Training Working Group (2000), CD-ROM Publication produced in Celebration of the Egmont Group's Fifth Anniversary sowie Art. 3 und Art. 7 des Entwurfs der GwV EBK.

Ziff. III, 3) usw. Wie kann begründet werden, dass Diebstahl und Veruntreuung als geldwäschereitauglich gelten und die oben aufgelisteten Vergehen nicht?

- b) Die Last der Geldwäschereiabwehr wurde in erster Linie den unzähligen Finanzintermediären aufgebürdet, die nach Bestimmtheit und Klarheit rufen. Die Einhaltung der gesetzlichen Abklärungs- sowie Sperr- und Meldepflichten wird durch eine Unterscheidung erschwert, die in concreto besondere Fachkenntnisse voraussetzt, die den Finanzintermediären nicht zugemutet werden können. Es genüge das Beispiel betreffend Erlöse aus illegalem Handel (vgl. Tabelle Anhang A) bzw. aus Handel mit Kriegsmaterial (vgl. Tabelle Anhang B).
- c) Die im Ausland unbekannte, typisch schweizerische Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen führt zu grosser Unsicherheit und Zweifel bei der Qualifizierung der im Ausland begangenen Haupttat. Die schweizerische Strafbehörde hat sich einzig an den Kriterien von Art. 9 Abs. 1 StGB zu orientieren²³.
- d) Die Definition der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} StGB wurde in engem Zusammenhang mit der Massnahme der Einziehung konzipiert, die ausdrücklich im Gesetzestext erwähnt wird. Bei den Laien unter den Tausenden Finanzintermediären wird damit der Eindruck erweckt, dass die Vereitelung der Einziehung von Vermögenswerten als Geldwäscherei bestraft wird, ungeachtet dessen, ob die in Frage kommenden Vermögenswerte aus Verbrechen oder aus Vergehen herrühren.

2. Verbrechen und Vergehen de lege ferenda

Im Rahmen der bevorstehenden Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Art. 10 E-StGB) wird vorgeschlagen, Verbrechen und Vergehen wie folgt zu unterscheiden:

«Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.

Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind.»

Durch die vorgeschlagene Revision würde die Differenzierung zwischen Zuchthaus und Gefängnis aufgegeben. Die beiden Begriffe würden mit demjenigen der einheitlichen Freiheitsstrafe ersetzt. Dies zöge in der Regel materiell keine Konsequenzen nach sich, ausser für Straftatbestände, die nach heute geltendem Recht mit «Gefängnis bis zu fünf Jahren» bedroht sind. Bei diesen Straftatbeständen wird der Ausdruck «Gefängnis bis zu fünf Jahren» durch «Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe» ersetzt. Dadurch gingen inskünftig die betroffenen Tatbestände von der Kategorie der Vergehen zur Kategorie der Verbrechen über, so etwa der Check- und Kreditkartenmissbrauch nach Art. 148 StGB, die Misswirtschaft nach Art. 165 StGB und der gewerbsmässige, nicht bewilligte Waffenhandel.

Die oben genannten Nachteile der Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen bestünden demnach auch nach der bevorstehenden Revision weiter.

²³ Vgl. JÜRGEN-BEAT ACKERMANN in 305^{bis} N. 152, in: SCHMID (Hg.), Kommentar, Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998.

3. Geldwäscherei als Vortat der Geldwäscherei

Bei den Vortaten der Geldwäscherei stellt die Straftat der Geldwäscherei selber einen Sonderfall dar, weil der Gesetzgeber die einfache Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB unter die Vergehen einreicht. Gestützt auf die seit Inkrafttreten von Art. 305^{bis} StGB gesammelten Erfahrungen bleibt diese Wahl kriminalpolitisch unerklärbar und systematisch widersprüchlich: Warum soll Diebstahl schwerer geahndet werden als die Geldwäscherei dessen Erlöses? Alte, seit Jahrhunderten währende Sprüche²⁴, nicht nur betreffend den Diebstahl, sondern auch betreffend weitere Vermögensdelikte, Korruption und Straftaten der organisierten Kriminalität, sind noch immer gültig. Wurde denn die Geldwäschereiabwehr als Bestandteil der Strategie zur Effizienzsteigerung der Kriminalitätsabwehr nicht gerade deshalb eingeführt, weil sich der Gesetzgeber davon überzeugen liess, dass die Achillesferse²⁵ der organisierten Kriminalität in der unbestraften Offenlegung ihrer riesigen Erlöse, deren Genuss und deren weiteren Verwendung – für legale und/oder illegale Zwecke – besteht? Um eine ähnlich gelagerte Inkohärenz zu vermeiden, wurde die Hehlerei, wie die anderen als Vortaten zur Hehlerei geltenden schweren Vermögensdelikte, als Verbrechen qualifiziert; damit erweist sich das Strafmass für die Hehlerei nicht niedriger als dasjenige ihrer zahlreichen Vortaten. Die nicht qualifizierte Geldwäscherei stellt nichts anderes dar als eine moderne Form der Hehlerei. Leider ist wegen der fehlenden Unterscheidung zwischen einfacher und qualifizierter Geldwäscherei aus den Statistiken der Meldestelle²⁶ nicht herauszufinden, ob auch Vermögenswerte aus einfacher Geldwäscherei gemeldet wurden und was sie für ein Schicksal erfuhren.

Jedenfalls erschwert diese Inkohärenz die Bemühungen zur fließenden, reibungslosen Ausbildung Tausender Finanzintermediäre, für welche einerseits die Ermittlungen über die Herkunft von Vermögenswerten als solche²⁷ und andererseits die Qualifizierung eines begründeten Verdachts gemäss Art. 9 GwG sowie die Interessenabwägung zwischen Geheimniswahrung einerseits sowie Sperr- und Meldepflicht andererseits bereits genügend heikel sind. Die einfachste Lösung bestünde darin, de lege ferenda auch die einfache Geldwäscherei als Verbrechen zu qualifizieren, was auch mit der Qualifizierung der ähnlichen Straftat der Hehlerei im Einklang stünde.

²⁴ «Schlimmer der Hehler als der Stehler» und Ähnliches ist dem Lexikon Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, München 1996, 170, 171, zu entnehmen.

²⁵ «We will not win the war on drugs by following the tons of cocaine and heroin and marijuana that move through our streets. We will win it by following the billions of drug dollars that move through our financial system» (Raymond Kelly, Commissioner of US Customs Service).

²⁶ Siehe Dritter Rechenschaftsbericht 2000 vom 2.7.2001 (<http://www.admin.ch/bap>), 19. Leider ist der Angabe «Geldwäscherei» in der den Titel «Deliktsarten der Vortat» tragenden Tabelle nichts über die Art der ursprünglichen Anlasstat zu entnehmen, was auch angesichts der Höhe des prozentualen Anteils (13,8% im Jahr 1999; 20,5% im Jahr 2000) zu bedauern ist.

²⁷ Eine Prüfung, die sogar für Strafbehörden heikel ist: siehe HANS WALDER, Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht, Recht 1990, 1.

4. Für eine neue Definition der Haupttat der Geldwäscherei

Die bevorstehende Revision der Definition von Verbrechen und Vergehen wird, wie erwähnt, die oben genannten Nachteile und Inkongruenzen, welche die Praxis ans Licht gebracht hat, nicht abschaffen. Zur Zeit der Gesetzgebungsvorarbeiten zu Art. 305^{bis} StGB fand die vorgeschlagene Lösung zur Bezeichnung der Haupttat allgemeinen Konsens, weil sie reibungslos alle Steuerdelikte als Haupttat der Geldwäscherei ausschloss. Heute ist leicht voraussehbar, dass der Gesetzgeber dieselbe Haltung einnehmen wird, besonders angesichts des Umstands, dass inzwischen mit Art. 9 GwG die Sperr- und die Meldepflicht eingeführt wurden, die bei Erlösen aus Steuerdelikten, insbesondere aus Steuerbetrug, nur schwer zu handhaben wären. Auch die Definition der Haupttat als «rechtshilfefähige Straftat» ist nicht geeignet, weil unter die rechtshilfefähigen Straftaten auch der Abgabe- und der Steuerbetrug gemäss Art. 3 Abs. 3 IRSG fallen. Ein Vortatenkatalog hätte den Vorteil, Klarheit zu schaffen; die Auflistung wäre jedoch derart umfangreich²⁸, dass diese Lösung offensichtlich nicht durchführbar ist. Die Bezeichnung der Haupttat als «auslieferungsfähige Straftat» stösst gegen die Tatsache, dass diese Straftaten im konventionellen und im inländischen Recht nicht gleich definiert sind, was auch weitere Schwierigkeiten bei der Ausbildung der Finanzintermediäre schaffen würde.

Angesichts der zu schmalen Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen unter dem Gesichtspunkt der Schwere und der Strafwürdigkeit der Geldwäscherei der Erlöse von Verbrechen bzw. von Vergehen lässt sich eine Lösung in dem Sinne formulieren, dass vorsätzliche Verbrechen und Vergehen als Haupttaten der Geldwäscherei gelten könnten. Da unter die Vergehen auch der Abgabe- und der Steuerbetrug fallen, könnte die Definition wie folgt lauten: «Als Haupttaten der Geldwäscherei gelten vorsätzlich begangene Verbrechen und Vergehen, mit Ausnahme von Steuerdelikten.» Dies entspräche der heute geltenden Regelung in den meisten Staaten. Angesichts der Schwierigkeiten bei den Verhandlungen, die mit der EU betreffend die EU-Initiativen zur Bekämpfung von Zollbetrügereien und zur Zinsbesteuerung im Gange sind, ist leicht vorauszusehen, dass es heute im gesetzgeberischen Bereich niemand wagen wird, diese Frage aufzuwerfen.

IV. Sorgfaltspflichten betreffend Terrorismus

1. Durch behördlich veranlassten, begründeten Verdacht ausgelöste Sperr- und Meldepflicht

Seit den Sechzigerjahren entstehen im Rahmen der internationalen Organisationen Übereinkommen betreffend Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus. Zusätzlich zu den Übereinkommen der Vereinten Nationen aus den Siebziger- und Achtzigerjahren, verabschiedete der Europarat am 27. Januar 1977 das Europäische Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus, mit dem Ziel, die internationale Zusammenarbeit (Auslieferung und Rechtshilfe) zwischen den Mitgliedstaaten zu verstärken.

²⁸ JÜRIG-BEAT ACKERMANN in StGB 305^{bis} N. 143 ff., in: SCHMID (Hg.), Kommentar, Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998.

In den letzten Jahren verabschiedeten die Vereinten Nationen zwei weitere wichtige Übereinkommen:

- am 15. Dezember 1997 das Übereinkommen zur Bekämpfung von Sprengstoffattentaten von Terroristen²⁹ (die Schweiz beabsichtigt, im Laufe des Jahres 2002 beizutreten);
- am 9. Dezember 1999 das Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus³⁰, das vom Bundesrat im Mai 2001 unterzeichnet wurde³¹.

Der am 11. September 2001 durch die Entführung von vier Flugzeugen begangene Massenmord auf dem Territorium der Vereinigten Staaten zeigte jedoch die noch bestehenden Lücken und Mängel bei der Bekämpfung international tätiger terroristischer Organisationen klar auf. Zahlreiche internationale und innerstaatliche Initiativen zur Verstärkung der internationalen Zusammenarbeit bei der Bekämpfung solcher Terrororganisationen wurden dadurch aufgewertet. Eine besondere Bedeutung bei der Bekämpfung des Terrorismus wird der Auffindung der Finanzierungs- und Geldwäschereimittel der terroristischen bzw. der sie flankierenden Organisationen beigemessen.

Die ersten für die Finanzintermediäre zu treffenden konkreten Massnahmen bezogen sich jedoch auf die hauptsächlich von amerikanischen Behörden verbreiteten Auflistungen natürlicher und juristischer Personen, die von der US-Regierung verdächtigt werden, in die Finanzierung des Terrorismus verwickelt zu sein (sog. Bush-Listen). Diese Listen werden periodisch mit neuen Namen aktualisiert und in der Schweiz durch die EBK und die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei an alle Finanzintermediäre verteilt. Die EBK und die Kontrollstelle legten den bereits verteilten Listen Informationsschreiben bei und machten die Finanzintermediäre darauf aufmerksam, dass Geschäftsbeziehungen mit den aufgelisteten Personen als «unter einem begründeten Verdacht stehend» einzustufen seien und demnach eine Pflicht zur Sperre und zur Meldung gemäss Art. 9 und 10 GwG begründeten³². Den Finanzintermediären wurde die Möglichkeit gegeben, vor einer allfälligen Meldung mit der von der Bundesanwaltschaft eingerichteten zentralen Anlaufstelle informell Kontakt aufzunehmen. Die Anlaufstelle hat ihrerseits die Möglichkeit, in- und ausländische Ermittlungsbehörden informell zu kontaktieren³³. Sodann haben die Finanzintermediäre die Pflicht, Vermögenswerte

²⁹ Der Text des Übereinkommens ist in englischer Sprache unter folgender Internetadresse abrufbar: http://www.odccp.org/terrorism_convention_terrorist_bombing.html.

³⁰ Der Text des Übereinkommens ist in englischer Sprache unter folgender Internetadresse abrufbar: http://www.undcp.org/terrorism_conventions.html.

³¹ Man könnte auch noch das, auch von der Schweiz unterzeichnete, sog. Palermo-UNO-Übereinkommen vom 9.12.1999 gegen die transnationale organisierte Kriminalität erwähnen. Obwohl darin zwar der Terrorismus nicht ausdrücklich erwähnt wurde, könnten dessen Normen trotzdem auch auf diese Form der organisierten Kriminalität zur Anwendung kommen, insbesondere betreffend die grenzüberschreitenden Ermittlungen gegen diejenigen terroristischen Organisationen, die sich über den strafrechtlich verpönten Handel finanzieren (vgl. Ziff. 6 der Präambel des Übereinkommens).

³² Siehe die Auflistung auf der Website der EBK (<http://www.ebk.admin.ch>) sowie der Kontrollstelle (http://www.efv.admin.ch/efv/d/index_gwg.htm).

³³ Siehe EBK-Bericht vom 14.3.2002 über den Kampf gegen die Finanzierung des Terrorismus, 3, 4 sowie Art. 1 Abs. 1 lit. c des Entwurfs der EBK-Geldwäschereiverordnung über

von Personen und Organisationen, deren Namen im Anhang der Verordnung über Massnahmen gegenüber den Taliban³⁴ veröffentlicht wurden, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) zu melden und auf unbestimmte Zeit zu sperren. Eine solche Mitteilung an das seco hat unabhängig von einer allfälligen vorangegangenen Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei zu erfolgen. Rechtlich hat die Nennung einer Person auf einer solchen Liste, bei einer entsprechenden Kontobeziehung mit einem Finanzintermediär, zu einem behördlich veranlassten, begründeten Verdacht auf kriminelles Vermögen und der entsprechenden Sperr- und Meldepflicht zu führen. Anders verhält es sich bei Listen, die ausdrücklich «nur» eine Abklärungspflicht vorsehen. Dabei ist die anhaltende Tendenz zu unterstreichen, dass nicht nur der Al-Qaida nahe stehende Personen aufgeführt werden, sondern auch solche, die verdächtigt werden, mit auf europäischem Territorium verwurzelten terroristischen Organisationen, wie der spanischen ETA und der irischen IRA, Verbindungen zu haben³⁵. Die mit der Anwendung einer erhöhten Sorgfalt verbundenen Schwierigkeiten und Kosten nehmen damit wesentlich zu.

2. Abklärungen über die Verwendung der Vermögenswerte

Zur Abwehr des Terrorismus sind nicht nur die Erlöse aus den kriminellen Handlungen der Terroristen aufzufinden, sondern auch die zur Finanzierung von Terrorakten und terroristischen Organisationen bestimmten Vermögenswerte. Bereiten die Auffindung von Vermögenswerten und die damit verbundenen Abklärungen seit jeher grosse Schwierigkeiten, so gilt dies erst recht für Abklärungen betreffend die zukünftige Verwendung von Vermögenswerten zu terroristischen Zwecken, umso mehr als – wie verschiedene internationale und inländische Stellen berichten – auch Non-Profit-Organisationen in diesen Prozess eingeschaltet werden³⁶.

Bei der Auffindung von Vermögenswerten, die nicht unbedingt aufgrund ihrer Herkunft kriminell kontaminiert, sondern potenziell für kriminelle Zwecke bestimmt³⁷ sind, wurde bisher lediglich bei der Anwendung folgender Strafnormen Erfahrung gesammelt:

die für den Finanzmarkt geltende Definition des Terrorismus; Art. 5 über das Verbot von Geschäftsbeziehungen und Art. 25 bzw. 24 über den Umfang der Anlasshinweise und über die Ausdehnung der Meldepflicht auch ausserhalb einer Geschäftsbeziehung, trotz anderen Wortlautes von Art. 9 GwG.

³⁴ Verordnung über Massnahmen gegenüber den Taliban (SR 946.203), <http://www.seco.admin.ch>.

³⁵ Siehe «Bush-Liste 3», List of Foreign Terrorist Organizations, unter folgender Website abrufbar: <http://www.efv.admin.ch/gwg/d/12682v1.pdf>.

³⁶ Siehe «FATF – Special Recommendations on Terrorist Financing» unter folgender Internetadresse: http://www1.oecd.org/fatf/SRrecsTF_en.htm. Als Paradebeispiel siehe: TRIHAN JYOTI, Terrorism and the Funding of Terrorism in Kashmir, Journal of Financial Crime, Vol. 9, 2002, No. 3, S. 201 ff. sowie Art. 18 Abs. 1 lit. b des Entwurfs der EBK-Geldwäschereiverordnung.

³⁷ Zur Begründung dazu, dass Vermögenswerte, die für ein Verbrechen bestimmt sind, nicht dem Tatbestand der Geldwäscherei unterliegen, siehe ACKERMANN, op.cit. N. 155 zu StGB 305^{bis}. Die seither gesammelten Erfahrungen rechtfertigen zumindest eine Überprüfung des über zehn Jahre zurückliegenden gesetzgeberischen Entscheides, die Formulierung von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 vollumfänglich in den Text von Art. 305^{bis} zu integrieren.

- a) bei der Anwendung von Art. 19 Ziff. 1 Betäubungsmittelgesetz, der die Finanzierung des Drogenhandels ahndet;
- b) bei der Anwendung des früheren (Art. 288 und 315 aStGB) und des seit dem 1.5.2000 geltenden Korruptionsstrafrechts (Art. 322^{ter}–322^{septies} StGB), bei dem die Strafbarkeit auch Vermögenswerte und Vorteile umfasst, die zu Korruptionszwecken bestimmt sind.

Art. 9 Abs. 1 GwG bildet die gesetzliche Grundlage für die Sperr- und Meldepflicht seitens des Finanzintermediärs: Es sind diejenigen Vermögenswerte zu melden bzw. zu sperren, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation gemäss der Definition von Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB unterliegen. Solche Vermögenswerte sind sodann von den Behörden zu beschlagnahmen und einzuziehen. Art. 59 Ziff. 1 StGB regelt nämlich nicht nur die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind, sondern auch von Vermögenswerten, die dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sowie aller Vermögenswerte, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Dabei wird gemäss Art. 59 Ziff. 3 StGB die Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils vermutet.

V. Sorgfaltspflichten betreffend Politically Exposed Persons (PEP)

Nachdem die weite Verbreitung der Korruption, nicht nur in Drittwelt- und in GUS-Staaten, sondern auch in verschiedenen, mit staatlichen Interessen verbundenen mächtigen Bereichen der Privatwirtschaft in OECD-Ländern aufgedeckt wurde, beschleunigte sich in den Neunzigerjahren – dank zahlreichen und erfolgreichen Ermittlungen der Strafbehörden – die politische Aktivität internationaler Organisationen in diesem Bereich wesentlich. Es wurden in wenigen Jahren mehrere Übereinkommen ratifiziert und in vielen Staaten Strafnormen revidiert. Auf dieser Basis und in diesem Verhältnis beschleunigte sich nach langjährigem Zögern, unter einer Kaskade von Enthüllungen über Potentatengelder, auch die Tätigkeit der EBK, deren reges Wirken in diesem Bereich anlässlich der traditionellen Herbsttagung «Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz» im November 2000 lapidarisch und wirksam beschrieben wurde³⁸. Die bereits im letzten Kapitel des sog. Abacha-Berichtes³⁹ und am Schluss der EBK-Medienmitteilung vom 13.11.2001 über die Ergebnisse der Untersuchung im Fall Montesino⁴⁰ angekündigte erneute Revision der im Jahre 1998 revidierten Geldwäschereirichtlinien der EBK sollte demnächst verabschiedet werden^{40a}. Angesichts des Umstands, dass die für die EBK wegweisenden, oben erwähnten KYC-Minimal Standards des Bas-

³⁸ Urs ZULAUF, Korruptions- und Potentatengelder, Massnahmen der Schweiz und der Eidg. Bankenkommision im internationalen Umfeld, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Band 9/2000, Bern 2001, 81 ff.; siehe auch SITA MAZUMDER, Die Sorgfalt der Schweizer Banken im Lichte der Korruptionsprävention und -bekämpfung, Bern 2002, insbesondere S. 184 ff. über die Checkliste für Banken.

³⁹ Abacha-Gelder bei Schweizer Banken, publiziert auf der Website der EBK, <http://www.ebk.admin.ch/d/aktuell/neu14a-00.pdf>.

⁴⁰ Siehe <http://www.ebk.admin.ch/d/aktuell/m1113-01d.pdf>.

^{40a} Entwurf der EBK-Geldwäschereiverordnung: Art. 1 Abs. 1 lit. d; Art. 4 Abs. 2; Art. 8 Abs. 2 lit. f; Art. 16 Abs. 2 lit. b; Art. 18 Abs. 1 lit. f; Art. 22 Abs. 1 lit. a.

ler Komitees vom Oktober 2001 unter anderem ein ausführliches Kapitel zu Politically Exposed Persons enthalten⁴¹, ist zu erwarten, dass sich die neu revidierten Geldwäschereirichtlinien zu diesem Thema äussern werden. Die Konzentration von Vorschriften auf die sog. PEP ist rechtlich wie folgt zu erklären: Nachdem ein Kunde als PEP identifiziert wurde, besteht für den Finanzintermediär allgemein die Pflicht, Abklärungen über die Herkunft seiner Vermögenswerte vorzunehmen. Dies entspricht auch der Erfahrung, dass solche Vermögenswerte mit einer gewissen Häufigkeit den Erlös von Straftaten gegen staatliche Interessen darstellen. Gestützt auf diese Erfahrung müssen die für die Banken geltenden minimalen Standards in analoger Weise als minimale Standards auch für Finanzintermediäre gelten, die keine Banken sind.

Die Aufgaben der Aufsichts- und der Strafbehörden in der Schweiz wurden mit dem Inkrafttreten von Art. 9 und 10 GwG stark erleichtert. Die gegenüber PEP allgemein negative behördliche Auffassung schafft ein rechtliches Umfeld, in dem auch ein erstes Anzeichen aus mehr oder weniger zuverlässigen Medienquellen als begründeter Verdacht im Sinne von Art. 9 GwG zu qualifizieren ist, der zur Sperre der Vermögenswerte und zur entsprechenden Meldung zu führen hat. Daher sind die «Legal and Compliance»-Funktionen so einzurichten, dass auch die politische Situation in den Herkunftsländern der Kunden sorgfältig beobachtet werden kann. Auch dort, wo Strafverfahren und Pressekampagnen in benachbarten oder entfernten Ländern nur als Mittel zu politischer Machteroberung eingesetzt werden, hat sich der Finanzintermediär in der Schweiz gesetzeskonform zu verhalten: Er hat eine entsprechend erhöhte Sorgfalt anzuwenden, was die Beratung durch interne oder in Outsourcing zur Verfügung stehenden Stellen unabdingbar macht, um die Flut der amtlichen und privaten Quellen⁴² bewältigen zu können. Dies hat zur Folge, dass nicht selten – auch wegen moderner Sykophanten⁴³ – aus rein politischen Machtgründen gestartete Strafverfahren plötzlich durch die Meldungen der Finanzintermediäre an die Meldestelle und deren Weiterleitung an die ausländischen Strafbehörden gefördert werden. Der pflichtgemäss Meldung erstattende Finanzintermediär muss dann damit rechnen, dass sein Name im ausländischen Staat in der Presse sofort strapaziert und er einer Prüfung der Wirksamkeit seiner internen Abwehrmassnahmen betreffend PEP unterzogen wird. Dies beschreibt emblematisch, was unter «Reputational and Legal Risk» zu verstehen ist. Es besteht ein unabdingbares Bedürfnis, Risiken solcher Natur rechtzeitig und sorgfältig zu erkennen, um sie abzuwehren bzw. unter stetiger Kontrolle zu halten. Die Revisoren spielen also auch in diesem Bereich eine wichtige Rolle, sowohl im Hinblick auf die EBK-Geldwäscherei-Richtlinien als auch auf die VSB 98. Es ist daher erstaunlich, dass der Grundsatz 9 zur Abschlussprüfung der Schweizerischen Treuhandkammer in der Ausgabe vom Juni 2001 unter dem Titel «Deliktische Handlungen und Abschlussprüfung» die Straftat der Zahlung von Schmiergeldern aus dem Begriff der «deliktischen Handlungen» noch immer ausklammert. Dieser ausdrückliche Ausschluss ist

⁴¹ Basel Committee on Banking Supervision, Customer due diligence for banks, October 2001, Ziff. 2.2.5, Seite 10.

⁴² Siehe die Auflistung auf Seite 7 der Guidance on enhanced scrutiny for transactions that may involve the proceeds of foreign official corruption, the US Department of the Treasury, January 30, 2001, (<http://www.treasury.gov/press/releases/guidance.htm>).

⁴³ «Accusation of bribery, like accusations of witchcraft, serve a variety of social functions beyond identifying the guilty», so JOHN T. NOONAN in seinem monumentalen Werk über die Geschichte der Korruption (Bribes, New York 1984).

angesichts der Ziffer 13 dieses Grundsatzes 9 umso weniger verständlich, als der Abschlussprüfer für entstandene Schäden in einem Teil der Prüfungen verantwortlich gemacht werden kann, wenn er bei der Anwendung der berufüblichen Sorgfalt deliktische Handlungen feststellt. Betrifft die Fahrlässigkeit oder Unzulänglichkeit des Abschlussprüfers auch die Zahlung von Schmiergeldern bzw. das Versäumnis wirksamer Abwehrmassnahmen seitens des überwachten Unternehmens, so haftet der Abschlussprüfer nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch zivilrechtlich.

VI. Risiken betreffend Zoll- und Steuerdelikte

1. Beschränkte Pflichten gemäss GwG

Die Vermögenssperre und die Meldepflicht bestehen nur bei begründetem Verdacht der Kontaminierung der vom Finanzintermediär angenommenen Vermögenswerte mit einem Verbrechen. Die schweizerische Rechtsordnung stuft Steuerdelikte, insbesondere den Abgabe- und den Steuerbetrug, nicht als Verbrechen, sondern nur als Vergehen und Übertretungen ein⁴⁴. Es bestehen daher in der Regel bei Zoll- und Steuerdelikten keine Pflichten zur Vermögenssperre und zur Meldung. Die Identifizierungs- und Abklärungspflichten sowie das von Art. 8 VSB 1998 vorgesehene Verbot⁴⁵ sind aber auch hier zu beachten. Manchmal wird von Rechtsabteilungen von Banken die Meinung vertreten, dass falsche Bilanzen und völlig bzw. teilweise fiktive Rechnungen Auslöser von GwG-Pflichten sind, weil die Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB ein Verbrechen darstellt. Diese Meinung verkennt, dass Urkundenfälschungen, die ausschliesslich zur Begehung von Zoll- und Steuerdelikten begangen werden, von den betreffenden Zoll- und Steuerdelikten absorbiert werden⁴⁶, welche eben nicht als Verbrechen, sondern als Vergehen qualifiziert werden. Selbstverständlich ist daraus nicht der Schluss zu ziehen, dass bei der Schädigung finanzieller Interessen internationaler und staatlicher Organisationen keine Pflichten aufgrund der Geldwäschereigesetzgebung entstehen. Wird das Vermögen einer staatlichen Organisation durch ein als Betrug zu qualifizierendes Verhalten geschädigt, so stellt der Erlös aus diesem Betrug einen geldwäschereitauglichen Gegenstand dar, wie z. B. beim Subventionsbetrug oder bei der durch betrügerische Machenschaften erlangten Rückerstattung bereits bezahlter Steuergelder⁴⁷. Angesichts der hohen Zahl der den schweizerischen Strafbehörden erstatteten Rechtshilfeersuchen wegen im Ausland verfolgter Straftaten, ist das Risiko, dass deren Erlöse auf Konten schweizerischer Finanzintermediäre liegen, als mittelgross einzustufen.

⁴⁴ Vgl. JÜRGEN-BEAT ACKERMANN in StGB 305^{bis} N. 162, in: SCHMID (Hg.), Kommentar, Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998.

⁴⁵ Vgl. zum «Window Dressing» durch sog. Jahresendgeschäfte das Kapitel C., Ziff. 5. der Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, Bern, Februar 2002 (http://www.swissbanking.org/auf_sorg_d_ber.pdf).

⁴⁶ BGE 108 IV 182; 112 IV 21; 113 II 183.

⁴⁷ Siehe die nicht veröffentlichte bundesgerichtliche Rechtsprechung bei ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 1999, N. 405 ff.

2. Besondere Risiken bei ausländischen Verfahren wegen Zoll- und Steuerdelikten

Bei der Annahme von Vermögenswerten im Zusammenhang mit ausländischen Zoll- und Steuerdelikten geht ein Finanzintermediär in der Schweiz das Risiko ein, in die Ausführung ausländischer Rechtshilfeersuchen verwickelt zu werden. Solche Ersuchen seitens ausländischer Strafbehörden gehen jährlich in einer nicht zu vernachlässigenden Anzahl in der Schweiz ein. Sie betreffen Zoll- und Steuerdelikte nicht nur zum Nachteil einzelner Staaten, sondern auch zum Nachteil der Europäischen Union. Dabei können Beweismittel, etwa Belege, die durch das Bank-, Börsen- und Geschäftsgeheimnis geschützt sind, gestützt auf eine ausgedehnte bundesgerichtliche Rechtsprechung⁴⁸, in Anwendung von Art. 3 Abs. 3 IRSG, den ausländischen Strafbehörden übergeben werden.

Dagegen bleibt immer noch umstritten, ob die Herausgabe der als Erlös der im Ausland verfolgten Zoll- und Steuerdelikte qualifizierten Vermögenswerte an die ersuchenden ausländischen Strafbehörden stattfinden kann. Bis heute hat das Bundesgericht Beschlagnahmeverfügungen von Strafbehörden, die Rechtshilfeersuchen ausführten, geschützt, ohne je die Herausgabe der beschlagnahmten Vermögenswerte an das Ausland zu beschliessen. Auch darüber wurden bei der OLAF (EU-Stelle zur Bekämpfung der Betrugereien zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU) die Messer gewetzt, nämlich im Rahmen der Verhandlungen über einen bilateralen Vertrag zur Bekämpfung von Zoll- und Steuerdelikten. Um die Palette der nicht zu vernachlässigenden Risiken für die Finanzintermediäre betreffend die von ihren Kunden im Ausland begangenen Zoll- und Steuerdelikte umfassend darzustellen, seien noch die folgenden Initiativen einzelner ausländischer Strafbehörden beschrieben:

- a) Strafverfahren gegen einen liechtensteinischen Finanzintermediär wegen Teilnahme an Steuerdelikten, die von inländischen Steuerpflichtigen begangen wurden, mit der Begründung, dass der Finanzintermediär diesen systematisch die Dienstleistungen von Banken, Finanzgesellschaften, Familienstiftungen und Off-Shore-Gesellschaften zur Verschiebung nicht versteuerter Vermögenswerte ins Ausland zur Verfügung stellte⁴⁹.
- b) Eröffnung von Strafverfahren wegen Teilnahme an Geldwäscherei bezüglich Erlösen von Steuerbetrugereien und wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation, die systematisch Steuerbetrugereien begeht⁵⁰.

⁴⁸ PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2000, N. 166 ff.; ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 1999, N. 412 ff.

⁴⁹ So wurde vom Brüsseler Strafgericht der Präsident einer luxemburgischen Bank verurteilt, das Strafgericht Koblenz verurteilte zwei Direktoren der Deutschen Bank wegen ihrer Tätigkeit im Zusammenhang mit ihrer luxemburgischen Filiale und von der Staatsanwaltschaft Bochum wurde ein Strafverfahren gegen einen liechtensteinischen Rechtsanwalt eröffnet.

⁵⁰ Solche vereinzelte Initiativen wurden während der letzten Jahre von einigen italienischen Staatsanwaltschaften ergriffen, ohne dass der Kassationshof die Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern. Eingehender PAOLO BERNASCONI, Internationale Amts- und Rechtshilfe

Im Ausland ist bereits die Diskussion über den Umfang der zu beschlagnahmenden Erlöse aus Zoll- und Steuerdelikten entfacht. In der Praxis der schweizerischen Steuerbehörden bewährt sich seit Jahren die Regel, wonach nur diejenigen Vermögenswerte zu beschlagnahmen sind, welche die Nachsteuer und eventuell die Bussse, mit den Zinsen, decken, nicht aber das gesamte unversteuerte Vermögen. Beim Subventionsbetrug und bei Betrugsfällen, die zu einer ungerechtfertigten Rückerstattung bereits bezahlter Zölle oder Steuern geführt haben, ist die Bereicherung als Erlös der Straftaten zu behandeln.

VII. Durch Verfügungen im Rahmen internationaler Amts- oder Rechtshilfeverfahren indirekt ausgelöste Pflichten

In der Praxis lösen Verfügungen schweizerischer Behörden im Rahmen internationaler Amts- oder Rechtshilfeverfahren bei den Finanzintermediären als Zustellungsadressaten oft einen begründeten Verdacht im Sinne von Art. 9 GwG aus. Es handelt es sich in der Regel um Verfügungen zur Vermögensbeschlagnahme und/oder zur Dokumentenherausgabe. Aus den Begründungen solcher Verfügungen gehen oft Sachverhalte hervor, die beim betroffenen Finanzintermediär zu einem begründeten Verdacht auf kriminelle Kontaminierung anderer Vermögenswerte, die nicht Gegenstand der Verfügung sind, führen oder die bisher angenommene Plausibilität der wirtschaftlichen Hintergründe und des Zwecks einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung in Frage stellen. In einem solchen Fall löst die betreffende Verfügung demnach zwei Arten von Pflichten aus: Einerseits sind die bei der Ausführung einer solchen Verfügung so oder so bestehenden Pflichten einzuhalten; sodann sind die weiteren von der Verfügung veranlassten Pflichten aufgrund des GwG wahrzunehmen, etwa die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 5 GwG zu wiederholen, eine Abklärung gemäss Art. 6 GwG durchzuführen oder eine Sperre und die entsprechende Meldung gemäss Art. 9 und 10 GwG zu tätigen (siehe Anhang D). Es ergibt sich die folgende Checkliste:

- a) Befolgung der Verfügung der ersuchten schweizerischen Behörde mittels:
 - Suche und Übermittlung der Unterlagen, innerhalb eines üblichen Zeitrahmens, ausser bei ausdrücklichen Dringlichkeitsgesuchen;
 - Suche nach den beschlagnahmten Vermögenswerten und sofortige Sperre derselben.
- b) Übermittlung der verlangten Dokumente und einer Liste der beschlagnahmten Vermögenswerte an die ersuchte schweizerische Behörde, unter Anmeldung allfälliger Vorzugsrechte des Finanzintermediärs (Pfandrechte usw. an den beschlagnahmten Vermögenswerten).
- c) Konservative Verwaltung der beschlagnahmten Vermögenswerte gemäss der SBVg Empfehlung N. 1429 vom 26.3.1999⁵¹. In Zweifelsfällen ist die ersuchte schweizerische Behörde anzufragen.

bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in: NIKLAUS SCHMID (Hg.), Kommentar. Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002, N. 510 ff., 676 ff., 705 ff.

⁵¹ SYLVAIN MATTHEY, La gestion des avoirs bancaires saisis par le juge d'instruction, Semaine Judiciaire no. 13, II, 1999, 309 ff.

- d) Benachrichtigung des Kunden über die von der ersuchten schweizerischen Behörde erlassene, dem Finanzintermediär zugestellte Verfügung, ausser bei schriftlichem Verbot seitens der ersuchten schweizerischen Behörde.
Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵² genügt bei einer Vereinbarung über «banklagernde Post» die Ablage des Entscheids in das Kundenfach bei der Bank. In der Praxis versuchen die Banken trotzdem, den Kunden zur unverzüglichen Benachrichtigung zu kontaktieren, und sie informieren die ersuchte schweizerische Behörde über den Ausgang des Versuchs.
- e) Prüfung der Frage, ob eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (Art. 9 GwG) zu erstatten und die Vermögenswerte, auf die sich die Meldung bezieht, zu sperren sind (Art. 10 GwG):
- bezüglich Kundenvermögen, das Gegenstand eines Auskunftsgesuchs, nicht aber einer Beschlagnahme ist;
 - bezüglich Vermögen anderer Kunden, das direkt oder indirekt mit der Untersuchung und dem Amts- bzw. Rechtshilfegesuch zusammenhängt.
- f) Meldung seitens des Finanzintermediärs über den aus dem Amts- bzw. Rechtshilfegesuch und/oder dem Vollstreckungsentscheid hervorgehenden begründeten Verdacht betreffend Kundenkonten bei verbundenen Gesellschaften der gleichen Gruppe, z.B. Niederlassungen, Filialen usw., in der Schweiz und im Ausland (vgl. Fn. 22).
- g) Einholen einer Kopie des Amts- oder Rechtshilfegesuches samt Unterlagen bei der in der Schweiz ersuchten Behörde, um sich ein Bild über allfällige Massnahmen nach GwG machen zu können.
- h) Ausführung der notwendigen rechtlichen Massnahmen im Land des Finanzintermediärs, bei dem sich Vermögenswerte befinden, die schon Gegenstand einer Mitteilung seitens einer verbundenen Gesellschaft in der Schweiz gewesen sind (Abklärungspflicht, interne Sperre, Mitteilung und desgleichen).
- i) Erneute Identifizierung des Vertragspartners bzw. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (siehe Kapitel I hievor) gemäss Art. 5 GwG, insbesondere bei Off-Shore-Sitzgesellschaften als Kontoinhaberinnen (siehe Kapitel II hievor).
- k) Abklärungen gemäss Art. 6 GwG, betreffend z.B.
- Finanzierung terroristischer Organisationen (siehe Kapitel IV hievor);
 - Erlöse aus illegalem Handel (siehe Anhang A);
 - Erlöse aus unbewilligten Waffengeschäften (siehe Anhang B).
- l) Abklärung der Legitimation der vom Amts- bzw. Rechtshilfegesuch betroffenen Personen bzw. deren Rechtsvertreter, Folgendes vom Finanzintermediär zu erhalten:
- Kopie des Amts- bzw. Rechtshilfegesuchs und des Vollstreckungsentscheids der ersuchten schweizerischen Behörde;
 - Kopie der der schweizerischen ersuchten Behörde zugestellten oder zuzustellenden Unterlagen, in Befolgung der von ihr erlassenen Verfügung.

⁵² BGE 124 II 124 E. 2d/aa.

- m) Prüfung der Beschwerdemöglichkeiten, wenn die Interessen des Finanzintermediärs als solchem durch die Ausführung der Amts- bzw. Rechtshilfeverfügung berührt sind.
- n) Vorsichtsmassnahmen bei Abbruch von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 27 des Entwurfs der EBK-Geldwäschereiverordnung.

VIII. Pflichten betreffend risikobelastete Kundengeheimnisse

1. Rasterfahndung und steuerrelevante Bankauskünfte

Bei schweizerischen und ausländischen Steueründern ist eine zunehmende Empfindlichkeit bezüglich der Handhabung der ihre Person und ihre Transaktionen betreffenden gesetzlichen Geheimnisse, insbesondere des Bank-, Börsen- und Geschäftsgeheimnisses festzustellen. Sie spüren immer deutlicher, dass die Globalisierung der Märkte zu einer Globalisierung der Aufsicht und damit des Informationsaustausches führt. In zahlreichen Ländern sind manche traditionelle Barrieren gefallen, die die inländische Amts- und Rechtshilfe noch vor kurzem verhinderten. Wenn auch nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, d.h. unter Beachtung des Legalitäts- und des Verhältnismässigkeitsprinzips, werden im Inland zunehmend Informationen zwischen Straf- und Verwaltungsbehörden ausgetauscht. Dies führte bei den Steuerbehörden zu einem Messerwetzen. Ihnen wurden von den Gesetzgebern der internationalen Finanzzentren die Ermittlungsinstrumente stark beschränkt, insbesondere wenn sie für die Ausübung ihrer Funktionen Auskünfte über Verhältnisse benötigen, die unter den sog. Geheimbereich fallen. Von der einzigen vorgesehenen Ausnahme zugunsten der besonderen Untersuchungsbehörde der Eidgenössischen Steuerverwaltung (abgekürzt BSU, vormals Besondere Steuerkontrollorgane des Bundes, Besco) wird quantitativ selten Gebrauch gemacht⁵³.

Der unerwartete Schwung in Richtung globalisierte Transparenz stösst bei Steuerbehörden auf grosses Interesse. Auch unter Beachtung der komplizierten Kanäle, die der Gesetzgeber für den Zufluss und die Verbreitung der Informationen vorsieht, gelangen nämlich manchmal sogar diejenigen geheimen Auskünfte auf den Schreibtisch der Steuerbehörden, die nach Art. 9 GwG pflichtgemäss von ihrem Geschäftshort den Weg zu den Toren der Verwaltungs- und Justizgebäude fanden⁵⁴ (siehe Tabelle Anhang C).

Das Risiko der Verbreitung geheimer Informationen steigt heutzutage, im Wesentlichen aufgrund folgender Erscheinungen:

- a) Trotz der ständigen bundesgerichtlichen Brandmarkung der verpönten Beweisausforschung werden sowohl im Inland als auch international Rasterfahndungen im grossen Stil durchgeführt. An deren Zielsetzungen wird allgemein nichts ausgesetzt; deren Folgen aber werden sorgfältig beobachtet. So gilt be-

⁵³ DONATSCH/MÄDER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Art. 190 ff., 724 ff.

⁵⁴ Siehe die unvollständige, jedoch lehrreiche Analyse von MARGARET E. BAERE, Searching for Wayward Dollars: Money Laundering or Tax Evasion – Which Dollars are We Really After?, in: Journal of Financial Crime, Vol. 9, No. 3, 2002, 265 ff.

kanntlich immer noch, dass ein allgemeines und abstraktes Indiz für die Eröffnung einer (Vor)ermittlung wegen Verdachts auf Insider Trading⁵⁵ genügt. Es werden daher den Behörden oft die Namen von Dutzenden, wenn nicht von Hunderten unwissender Investoren mitgeteilt, ohne genügende Sicherheit über deren Enddestination. Mit dem System der Rasterfahndung wird bekanntlich auch über die finanziellen Transaktionen Tausender natürlicher und juristischer Personen ermittelt.

- b) Geldwäscherei und Beteiligung an kriminellen Organisationen werden nicht selten von Strafbehörden als trojanisches Pferd verwendet: Es werden massenhaft finanzielle Auskünfte aus dem Geheimbereich eingeholt, aus denen sich selten Beweise für die ursprünglich als vermutet angegebenen Straftaten ergeben, sondern öfters Beweise für begangene Steuerdelikte.

Wo solche Risiken bestehen, wird von den Verwaltungs- und Strafbehörden eine sorgfältige Anwendung der straf- und verwaltungsprozessualen Normen erwartet, besonders wenn kundenbezogene Informationen des Geheimbereichs nach dem Ermessen der schweizerischen Behörde an ausländische Behörden weiterzuleiten sind. In diesem Zusammenhang sind der Spezialitätsgrundsatz im Rechtshilfeverfahren in Strafsachen und das Prinzip der langen Hand im Amtshilfeverfahren in Verwaltungssachen anzuwenden. Bisher schützte das Bundesgericht diese Grundsätze, soweit gar, dass seine Haltung von der EBK als zu restriktiv bezeichnet wurde und sich Letztere öffentlich zugunsten einer Gesetzesänderung äusserte⁵⁶. Diese Haltung des Bundesgerichts wird bei der Anwendung der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen «Effizienzvorlage»⁵⁷ noch an Bedeutung gewinnen. Die Effizienzvorlage sieht eine allmähliche, aber wesentliche Verschiebung der Zuständigkeiten von den Kantonen zugunsten der Bundesanwaltschaft vor, insbesondere bei der Verfolgung des internationalen organisierten Verbrechens und der internationalen Wirtschaftskriminalität, d.h. gerade bei denjenigen Straftaten, die nur durch das finanzielle Paper Tracing wirksam verfolgt werden können. Die meisten Beschwerden in den wichtigsten Strafverfahren der Schweiz werden demnach nicht mehr über die kantonale Zweitinstanz, sondern direkt an das Bundesgericht gelangen.

⁵⁵ Siehe das Kapitel «Geringe Anforderung an Anfangsverdacht bei Amtshilfe», in: DINA BALLEYGUIER/Dr. URS ZULAUF, Wer umgeht wen – höhere Anforderungen an die Amtshilfe als an die Rechtshilfe?, Internationales Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. PETER NOBEL, Hg.), Bern 2002, S. 132 f.

⁵⁶ Siehe öffentliche EBK-Mitteilung vom 23. Januar 2002, die sich ausdrücklich auf die Bundesgerichtsurteile betreffend die Amtshilfe an die Securities and Exchange Commission bezog (BGE 126 II 126 ff. vom 1. Mai 2000 und Urteil 2A.349/2001 vom 20. Dezember 2001, welche sich auch zur Amtshilfe an die französische COB [BGE 127 II 142 ff.] und die italienische CONSOB [Urteil 2A.83/2000 vom 28. Juni 2000] äussern).

⁵⁷ Siehe insbesondere Art. 340^{bis} StGB über die obligatorische Bundeskompetenz bei organisiertem Verbrechen, Geldwäscherei und Korruption und die fakultativ subsidiäre Bundeskompetenz betreffend Wirtschaftskriminalität sowie Art. 17 Abs. 4 IRSG und Art. 7 ZentG betreffend die Zuständigkeiten der Bundesbehörden zur Durchführung von Rechtshilfeverfahren. Für die Details siehe BÄNZIGER/LEIMGRUBER, Das neue Engagement des Bundes in der Strafverfolgung. Kurzkommentar zur Effizienzvorlage, Bern 2001.

2. Diffusion Risk

Gerät eine kunden- oder unternehmensbezogene Auskunft in den Fluss der von den Behörden benötigten Informationen, so besteht die Gefahr, dass sie früher oder später auch an Dritte, z.B. Parteien im Verfahren, und durch diese oder durch andere Wege an die Medien gelangt. Dies führt erfahrungsgemäss lawinenartig zu allgemein bekannten Erscheinungen, etwa zur Destabilisierung des Personals, der Aktionäre, der jeweiligen potenziellen Kunden oder zur Offenlegung betriebsinterner Informationen. Um den Diffusion Risk als Unterart des Legal Risk rechtzeitig und wirksam abzuwehren, genügt es seitens des Finanzintermediärs nicht mehr, sich von aussen und von innen präventiv vor Straftaten, die sich gegen das Unternehmen richten, zu schützen. Der Diffusion Risk besteht auch, wenn der Finanzintermediär ausschliesslich als Dritter in ein Verfahren verwickelt wird. Die Priorität zugunsten der Geldwäschereiabwehrmassnahmen seitens des Finanzintermediärs sollte deshalb bereits bei der Eröffnung einer Geschäftsbeziehung gesetzt werden. Entsteht der begründete Verdacht über kriminelle Vermögenswerte erst im Nachhinein, so wird die rechtmässige Einhaltung der Pflicht zur Vermögenssperre und zur Meldung oft die besagte Lawine der Auskunftsverbreitung auslösen.

Grössere kritische Loyalität seitens der Mitarbeiter ist dringend notwendig. Rara avis in einer Zeit der (noch) unregulierten monetären Anreizsysteme.

Anhang A

Illegaler Handel als Vortat der Geldwäscherei

Verbrechen	
Illegaler Handel mit:	
a) Betäubungsmitteln (schwere Fälle; Art. 19 II Betäubungsmittelgesetz)	
b) Kernwaffen, biologischen oder chemischen Waffen (Art. 34 Kriegsmaterialgesetz)	
c) Antipersonenminen (Art. 35 Kriegsmaterialgesetz)	
d) Menschenhandel (Art. 196 Strafgesetzbuch)	
e) Vermögenswerten zur Finanzierung der organisierten Kriminalität	
	
strafbare Geldwäscherei	

Vergehen

Illegaler Handel mit:

- a) «Harter» Pornographie
(Art. 197 Ziff. 3 Strafgesetzbuch)
- b) Gefälschten Markenartikeln
(Art. 155 Strafgesetzbuch)
- c) Waffen (Art. 33 Waffengesetz)
- d) Explosionsgefährlichen Stoffen (Art. 37 Sprengstoffgesetz)
- e) Arzneimitteln
(Art. 86 Heilmittelgesetz)
- f) Gefährlichen Stoffen und deren Zubereitung
(Art. 49 Chemikaliengesetz¹)
- g) Tabakwaren (Zigarettschmuggel;
eventuell Abgabebetrug gemäss Art. 14
BG über das Verwaltungsstrafrecht;
künftiger EU-CH Vertrag)
- h) Unter dem Embargogesetz² stehenden
Produkten
- i) Geschützten Kulturgütern
(Art. 24 Kulturgütertransfergesetz³)

straflose Geldwäscherei

¹ Vom Parlament am 15.12.2000 verabschiedet; noch nicht in Kraft.

² BBl 2001 1433; vom Parlament im März 2002 verabschiedet; noch nicht in Kraft.

³ BB. 2002 535.

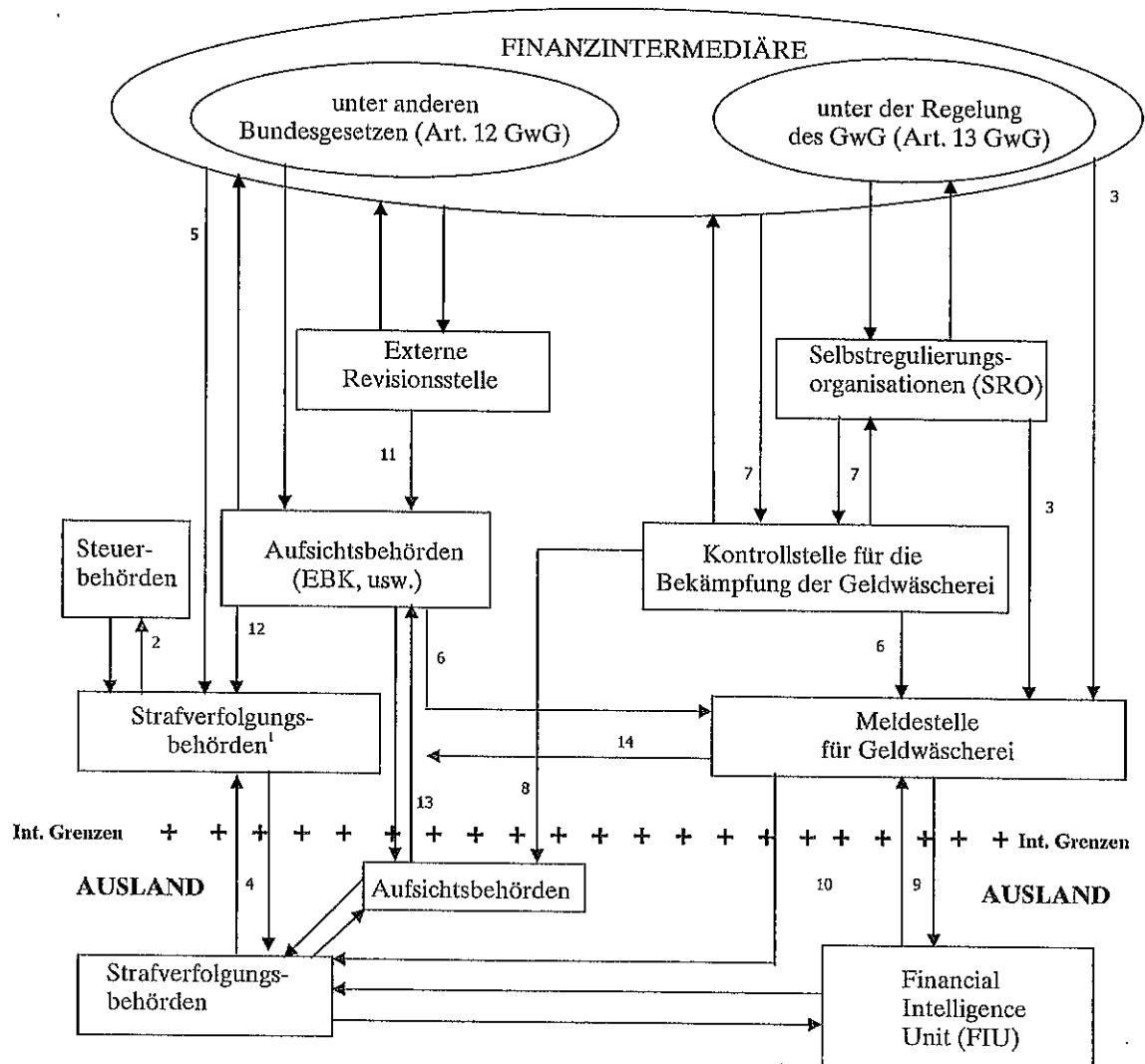
Kriegsmaterial, Güter i.S.v. Güterkontrollgesetz, Waffen und Sprengstoffen: Strafbarkeit des Handels ohne Bewilligung

Anhang B

RS 514.51 Bundesgesetz über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG)	RS 946.202 Bundesgesetz über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG)	RS 514.54 Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG)	RS 941.41 Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
«Handel» ohne Bewilligung Normalfall: Vergehen Qualifizierter Fall (schwere Fälle): <u>Verbrechen</u> (Art. 33 Widerhandlungen gegen die Bewilligungs- und Meldepflichten)	«Handel» ohne Bewilligung Normalfall: Vergehen Qualifizierter Fall (schwere Fälle): <u>Verbrechen</u> (Art. 14 Verbrechen und Vergehen)	«Handel» ohne Berechtigung Normalfall: Vergehen Qualifizierter Fall (Gewerbsmässigkeit): Vergehen (Gefängnis bis zu 5 Jahren) (Art. 33 Vergehen)	«Handel» ohne Bewilligung Vergehen (Art. 37 Unbefugter Verkehr)

Anhang C

Informationsflüsse betreffend Vermögenswerte verdächtigen Ursprungs und deren wirtschaftlich Berechtigte



GwG: Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäsche im Finanzsektor (SR 955.0)

IRSG: Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)

EBK: Eidgenössische Bankenkommission

1. Bundesanwaltschaft gemäss Effizienzvorlage oder kantonale Strafverfolgungsbehörden
2. Meldebefugnis bzw. Meldepflicht gemäss Art. 112 BG über die direkte Bundesteuer und Art. 39 BG über die Harmonisierung der direkten Steuer der Kantone und Gemeinden bzw. gemäss kantonalen Steuergesetzen (BGE 124 II 58)
3. Art. 9 GwG
4. Art. 63 ff. IRSG
5. Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB
6. Art. 21 GwG
7. Art. 19 GwG
8. Art. 31 GwG
9. Art. 32 Abs. 1 GwG
10. Art. 32 Abs. 1 GwG
11. Art. 10 Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken (VBS 98)
12. Art. 23^{ter} Abs. 4 Bankengesetz
13. Art. 23^{ter} Bankengesetz
14. Art. 23 Abs. 4 GwG

Risiken für den Finanzintermediär bei Verfahren gegen dessen Kunden oder Dritte

	Schweizerisches Verfahren		Internationale Zusammenarbeit		Pflicht des Finanzintermediärs zur Herausgabe von Unterlagen	Beschlagnahme		Meldepflicht des Finanzinter- mediärs an die Meldestelle für Geldwäscherei	Melderecht bzw. Melde- pflicht der Straf- und Verwaltungsbehörde des Bundes und der Kantone an die schw. Steuerbehörde ²
	strafrechtlich	verwaltungsr echtlich	Rechtsilfe	Amtshilfe		Kunden- konten	Eigene Konten ¹		
Geldwäscherei der Erlöse aus Verbrechen im In- und Ausland	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Korruption von fremden Amtsträgern	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	— ³	✓
Börsendelikte Insider Trading Kursmanipulation	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	—	✓
Abgabe- und Steuerbetrug zum Nachteil des in- oder ausländischen Fiskus	✓	✓	✓ ⁴	— ⁵	✓	— ⁶	— ⁶	—	✓

Legende:

- Falls behördlich untersuchte Transaktionen im Interesse einzelner Kunden durch Konten von Finanzintermediären getätigt wurden.
- Gemäss Art. 112 BG über die direkte Bundessteuer (DBG) und Art. 39 BG über die Harmonisierung der direkten Steuer der Kantone und Gemeinden (StHG).
- Die Geldwäscherei des Korruptionserlöses ist meldepflichtig.
- Grundsätzlich wird keine Rechtsilfe im fiskalischen Bereich gewährt, ausser wenn es sich um Abgabebetrug handelt (Art. 3 Abs. 3 IRSG).
- Keine Amtshilfe in Steuersachen (mit Ausnahme des DBA-Bereichs).
- Grundsätzlich keine Beschlagnahme und Herausgabe an ausländische Behörden von «Erlösen» des Steuerbetrugs. In der Praxis sind Entwicklungen im Gange.