Verband Schweizerischer Vermögensverwalter | VSV
Association Suisse des Gestionnaires de fortune | ASG
Associazione Svizzera di Gestori patrimoniali | ASG
Swiss Association of Wealth Managers | SAM

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD

3003 Bern

Per E-Mail: vernehmlassungen@sif.admin.ch

Genf, 29. November 2023

Vernehmlassung

Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen («VE-TJPG»)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung vom 30. August 2023 zur Vernehmlassung zu Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen («VE-TJPG»). Wir möchten uns für diese Gelegenheit bedanken.

Als führender nationaler Branchenverband der unabhängigen Vermögensverwalter vertritt der VSV die Interessen von über 800 Vermögensverwaltungsunternehmen in der Schweiz. Die Vermögensverwalter in der Schweiz sind von der Vorlage direkt betroffen. Der VSV ist auch Alleinaktionär einer von der FINMA bewilligten Aufsichtsorganisation im Sinne des FINMAG und des FIDLEG sowie einer von der FINMA bewilligten SRO im Sinne des GwG[1].

Der VSV nimmt zur Vorlage im Einzelnen wie folgt Stellung:

1. Transparenzregister

1.1. Notwendigkeit eines Transparenzregisters

1 Die Führung eines Registers, in dem die Kontrollinhaber und wirtschaftlich Berechtigten an inländischen juristischen Personen und anderen Rechtspersonen verzeichnet ist ein von der OECD geforderter Standard. Das Führen entsprechender Information bei

[1] Der VSV nimmt in seiner Rolle als Aktionärin keinen Einfluss auf die Tätigkeit der AOOS – Schweizerische Aktiengesellschaft für Aufsicht. Die Ausführungen in diesem Memo präjudizieren die Positionierung von deren Organen zur Vernehmlassungsvorlage in keiner Weise.

Scheuchzerstr. 44
8006 Zürich
044 228 70 10
zuerich@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Chantepoulet 12
1201 Genève
022 347 62 40
geneve@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Via Morosini 1
6943 Vezia
091 922 51 50
lugano@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

den juristischen Personen und anderen Rechtspersonen (nachfolgend «Rechtseinheiten»), genügt den Anforderungen nicht (mehr). Will die Schweiz den Standards genügen, ist die Einführung eines solchen Registers unausweichlich.

Der VSV lehnt die Einführung eines Transparenzregisters deshalb nicht ab, hält im Grundsatz aber fest, dass ein solches Register einen hohen Grad von Vertraulichkeit haben muss[2]. Die Vorlage trägt die nicht genügende Rechnung.

1.2. Kontrollinhaber und wirtschaftlich berechtigte Personen als Registerinhalt

2 In Einklang mit den internationalen Vorgaben zur Transparenz von Rechtseinheiten werden weiterhin zwei Konzepte verfolgt: Einerseits das der Kontrollinhaberschaft; andererseits das der wirtschaftlich berechtigten Person.

3 Der Begriff der Kontrollinhaberschaft folgt objektiven Kriterien der Kontrolle über eine Rechtseinheit und damit darüber, wie diese ihre Geschäfte führt und wie sie mit ihrem Vermögen umgeht.

4 Der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person, der aus der frühen Zeit der Schaffung von Transparenz bei Auseinanderfallen von formellem Eigentum und Besitz und effektiver Kontrolle über das Vermögen stammt, hat in den vergangenen 20 Jahren zunehmend an Trennschärfe verloren. Sie dient bei Rechtseinheiten heute nur noch der Schaffung von Transparenz, wenn Kontrolle nach den für Rechtseinheiten geltenden Regeln und die oft schwer zu definierende «wirkliche Kontrolle über die Rechtseinheit und deren Vermögen» auseinanderfallen.

5 Mit der Schaffung eines Registers über die «wirtschaftlich berechtigten Personen» wird den Rechtseinheiten, das auf Informationen beruht, welche diese selber erheben müssen, in vielen Fällen zu viel detektivische Arbeit abverlangt – vor allem kleiner Rechtseinheiten, die nicht im Finanzsektor tätig sind, und weder von Juristen geführt werden, noch über eine Rechtsabteilung verfügen (können).

6 Darüber hinaus werden den Finanzintermediären, die für ins Transparenzregister aufzunehmende Rechtseinheiten tätig sind, umfangreiche Aufgaben aufgebürdet. Grundsätzlich verfügen regulierte VV mit ihren Geldwäscherei-Fachstellen über das notwendige Wissen und Können entsprechende Aufgaben wahrzunehmen. Zu bedenken ist aber, dass diese Fachstellen nicht zwingend mit ausgebildeten Juristen besetzt sind.

---

2 Die Allokation des Registers in einem grundsätzlich öffentlichen Register, wie z.B. den kantonalen Handelsregisterämtern, wäre deshalb ein untauglicher Ansatz.

Mit dem VE werden den Finanzintermediären Aufgaben überbürdet, die entweder nicht hinreichend klar sind, ihnen schwierige Entscheidungen über komplexe Rechtsfragen aufbürden oder ganz einfach generell nicht zu den Aufgaben einer Geldwäscherei-Fachstelle eines Vermögensverwalters gehören. Die Beantwortung derart komplexer Rechtsfragen gehört nicht zu den üblichen Aufgaben von Compliance-Verantwortlichen bei Vermögensverwaltern.

7 Als Folge daraus, ist es wichtig, dass die Rechtseinheiten einfache Regeln haben, nach sie Kontrollinhaberschaft und wirtschaftlich berechtigte Personen festzustellen haben. Dies vor allem dann, wenn weitreichende Strafbestimmungen (auch fahrlässigen) Verstössen eingeführt werden sollen.

Dem trägt die Vorlage nicht in allen Punkten Rechnung. Sie ist in vielen Aspekten KMU-feindlich. Weniger weil sie den KMU grossen zusätzlichen Aufwand aufbürdet, sondern Aufgaben, die sie in möglicherweise vielen Fällen (namentlich bei Minderheitsbeteiligungen, die aber die Qualität von Kontrollinhaberschaft aufweisen) vor Aufgaben stellt, die in den Händen von nicht juristisch geschultem Fachpersonal zu Überforderungen führen.

1.3. Konkrete Kritik am VE

1.3.1. Einbezug ausländischer Rechtseinheiten ins Transparenzregister

8 Die Vorgaben der FATF verlangen die Führung eines Transparenzregisters über die inländischen Rechtseinheiten. Die Empfehlungen nehmen keine Abgrenzung zu ausländischen Rechtseinheiten vor.

9 Dies erweist sich als wenig problematisch, wenn die ausländische Rechtseinheit eine in einem schweizerischen Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung hat (Art. 2 Abs. 2 Bst. a VE-TJPG).

Nach Art. 2 Abs. 2 Bst. b. VE- TJPG sollen aber auch ausländische Rechtseinheiten (also nicht nur juristische Personen, wie in StHG und DBG geregelt) ins Transparenzregister aufgenommen werden, «deren tatsächlich Verwaltung sich in der Schweiz befindet».

10 Der VE knüpft für die Abgrenzung von in- und ausländischen Rechtseinheiten an das internationale Steuerrecht bzw. die schweizerische Festlegung der Besteuerungshoheit über juristische Personen im internationalen Bereich an (vgl. Erläuterungsbericht, S. 63 und 74 f.). Hier geht es regelmässig um schwierige Fragen des internationalen Steuerrechts, die zudem oft hoch strittig sind und oft über mehrere gerichtliche Instanzen ausgefochten werden müssen. Dabei handelt es sich um ein Rechtsgebiet, das

nicht zu den Aufgaben einer Geldwäscherei-Fachstelle bei Vermögensverwaltern gehört.

11 Den schweizerischen Finanzintermediären obliegt keine generelle Pflicht dafür zu sorgen, dass ihre ausländischen Kunden im Transparenzregister erfasst werden[3].

Allerdings können schweizerische Finanzintermediäre oder ihre Mitarbeitenden dann, wenn sie Organfunktionen bei ausländischen Rechtseinheiten ausüben (was für sich allein gestellt noch keine tatsächliche Verwaltung in der Schweiz begründet), entsprechende Pflichten haben. Solche Organtätigkeiten werden von Vermögensverwaltern in der Schweiz (sei es direkt als «corporate director» oder durch Entsendung von Mitarbeitern) in zahlreichen Fällen wahrgenommen.

12 Es ist nicht Aufgabe von schweizerischen Finanzintermediären oder «Beratern» im Sinne des VE-GwG in diesen Fragen die Aufgaben von Steuerbehörden oder Richtern wahrzunehmen – quasi den «Vorrichter» zu spielen. Das ist eine nicht zu rechtfertigende Überforderung der mit Aufgaben im Bereich der Compliance bei Finanzintermediären und Beratern betrauten Personen, denen bei Fehlentscheidungen dann sogar noch strafrechtliche Konsequenzen drohen sollen, denen weder Steuerbeamte noch Richter im Falle von fahrlässigen Fehlentscheidungen drohen.

Zumutbar ist damit einzig, ausländische Rechtseinheiten in ein TJPG zu erfassen, wenn deren vom Steuerrecht geprägte «tatsächliche Verwaltung in der Schweiz» durch die zuständigen Behörden schon festgestellt ist. Diese Feststellung hat deren Erfassung im Unternehmensregister zur Folge. Sie verfügen dann über eine UID-Nummer. Ihre Ansässigkeit in der Schweiz ist dann anhand von Fakten und nicht bloss von der Rechtsanwendung durch dazu nicht berufene Personen festgestellt.

Entsprechend sind ausländische Rechtseinheiten nicht nur bei Vorliegen einer eingetragenen Zweigniederlassung, sondern auch dann, wenn die tatsächliche Verwaltung in der Schweiz durch die zuständigen Behörden geregelt wurde, in den Geltungsbereich des TJPG aufzunehmen. Dies genügt den Anforderungen der Empfehlungen der FATF und entspricht auch den Vorgaben in den meisten Staaten, die bereits über ein Transparenz- oder BO-Register verfügen.

3 Vgl. dazu die Ausführungen zum «discrepancy reporting» unter 1.3.8 hernach.

13	Entsprechend müsste demnach Art. 2 Abs. 2 Bst. b TPJP wie folgt lauten: b. jene, die nach Massgabe von Art. 3 Bst. c Ziffer 5 des Bundesgesetzes über die Unternehmens-Identifikationsnummer (UIDG) im UID-Register gemäss Art. 3 Bst. f dieses Gesetzes eingetragen sind;

1.3.2. Definition der Kontrollausübung auf andere Weise

14 Der VSV begrüsst ausdrücklich, dass gemäss Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 5 VE-TPJG der Bundesrat auf dem Verordnungsweg festlegen soll, was als «Kontrolle auf andere Weise» gelten soll.

15 Damit werden (endlich) Grundlagen dafür geschaffen, diesem Begriff, der oft auf unzulässige Art und Weise mit dem weiteren Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung vermischt wird, klare Konturen zu geben, und der uneinheitlichen Rechtsanwendung durch Bundesbehörden und Selbstregulierungsträger ein Ende bereitet wird.

16 Es ist allerdings wichtig, dass hier ein einheitlicher Begriff des «wirtschaftlich Berechtigten» geschaffen wird, der sowohl im Bereich des Transparenzregisters als auch den GwG Geltung hat. Divergierende Standards in diesem Bereich sind auf jeden Fall zu vermeiden. Widersprüchliche Regelungen würden hier zu Inkonsistenzen führen, die mit den Vorgaben der FATF nicht vereinbar wären.

1.3.3. Erfassung des Umfangs der Kontrolle

17 In Art. 6 Absatz 1 Buchstabe e VE-TJPG wird verlangt, dass der Umfang der ausgeübten Kontrolle systematisch erfasst wird. Diese Norm geht viel weiter als die Erfordernisse des GwG und den anwendbaren Selbstregulierungen, insbesondere im Bankensektor. In der VSB gibt es keine gleichwertige Bestimmung und nach dem GwG gilt dazu ein risikobasierter Ansatz. Der Umfang der Kontrolle kann sich rasch und häufig ändern, was zu einem hohen Aufwand in der Handhabung (und potenziell zu vielen Meldungen nach Art.29 VE-TJPG) führen würde. Die Formulierung von Art. 6 Abs. 2 VE.TJPG geht damit weiter als die entsprechenden Pflichten im GwG, welche bereits heute den internationalen Standards genügen. Der risikobasierte Ansatz bei der Überprüfung der Identität des wirtschaftlichen Berechtigten sollte auch ins TJPG Eingang finden.

18	Art. 6 Absatz 1 Buchstabe e VE-TJPG soll dementsprechend keine systematische Erfassung des Umfangs der ausgeübten Kontrolle verlangen.

1.3.4. Das ranghöchste Mitglied des Leitungsorgans

19 Dass bei Fehlen einer anderweitigen Kontrollinhaberschaft das ranghöchste Mitglied des obersten Leitungsorgans ersatzweise (und gemäss Erläuterungsbericht, S. 68, richtigerweise als blosse Kontaktstelle für die Behörden) festgestellt wird, ist im Einklang mit internationalen Vorgaben und der Vernunft.

20 Nicht nur in der Schweiz wird immer wieder kontrovers diskutiert, was im Sinne der internationalen Standards als «oberstes Leitungsorgan» gilt. Dies namentlich dann, wenn Gesetz, Statuten oder andere Organisationsdokumente dem formal obersten Organ nur Überwachungsfunktionen zuordnen.

21 Zumindest in den Materialien ist deshalb festzuhalten, dass «oberstes Leitungsorgan» entweder das ranghöchste Mitglied des obersten geschäftsführenden oder des obersten die Geschäftsleitung beaufsichtigenden bzw. überwachenden Organs sein kann.

1.3.5. Zugang zum Transparenzregister für Behörden

22 Die Zahl der Behörden, welche gemäss TJPG Zugriff auf die Informationen im Register haben sollen, ist zu gross. Das Register darf nicht zu einem Zentralregister für alle möglichen Zwecke werden. Das stünde im Widerspruch zum engumschriebenen Ziel der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, wäre datenschutzrechtlich problematisch und auch mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip unvereinbar. Der Zugang muss auf jene Behörden beschränkt werden, die sich mit Geldwäschereibekämpfung und Terrorismusfinanzierung befassen.

23 Art. 28 Abs. 1 Bst. e –i VE-TJPG sind dementsprechend zu streichen.

Art. 28 Abs. 3 Bst. e ist ebenfalls zu streichen.

1.3.6. Zugang zum Transparenzregister für Finanzintermediäre

a) Hauptstandpunkt: Kein Zugang

24 Zwar kann es für einige Intermediäre ein Vorteil sein, Zugriff auf das Transparenzregister zu haben, um dadurch einen Abgleich der Registerdaten mit den eigenen, nach dem GwG sowieso zu erhebenden Daten zu ermöglichen. Diese Vorteile treffen praktisch ausschliesslich Finanzintermediäre, die überwiegend oder fast ausschliesslich inländische Rechtseinheiten (und nicht Private) als Kunden haben.

25 Die aus einem allgemeinen Zugriff aller Finanzintermediäre resultierenden Risiken sind im Vergleich zu den geringfügigen Vorteilen viel zu hoch. Je mehr Zugriffsberechtigte, desto höher die Möglichkeit, dass schützenswerte Daten an Unbefugte gelangen oder

gar den Weg in eine breite Öffentlichkeit finden. Zudem würde die Möglichkeit der Finanzintermediäre, auf das Register zuzugreifen, schnell als Pflicht interpretiert werden, was ihnen wiederum weitere Regulierungskosten aufbürdet.

26	Art. 28 Abs. 3 VE-TJPG ist zu streichen.

b) Eventualstandpunkt: Fakultativer, beschränkter und sicherer Zugang

27 Die Inanspruchnahme des im VE vorgesehenen Zugangs zum Transparenzregister ist fakultativ. Finanzintermediäre (und «Berater») haben keine Pflicht, diese Datenquelle für die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten nach dem GwG, dem EmbG etc. zu erfüllen.

Insbesondere Vermögensverwalter, die lediglich natürliche Personen oder lediglich ausländische Personen als Kunden haben, dürften an einem solchen Zugang wenig interessiert sein.

Die Sorgfaltspflichten nach dem Weg bestehen unabhängig vom Transparenzregister und können auch ohne dessen Zuhilfenahme ohne weiteres erfüllt werden.

Dies wird vom VSV begrüsst. Die SRO, AO und die FINMA werden davon Kenntnis nehmen. Es darf insbesondere nicht durch die GwG-Aufsichtsträger durch die Hintertür eine Pflicht zur Nutzung des Transparenzregisters eingeführt werden.

28 Der Zugang zum Transparenzregister für Finanzintermediäre soll zudem eingeschränkt werden. Es schadet der Vertraulichkeit des Registers, wenn jeder Finanzintermediär grundsätzlich Auskünfte über alle erfassten Rechtseinheiten und deren wirtschaftlich Berechtigte erlangen kann – ungeachtet dessen, ob diese zugänglichen Informationen beruflich benötigt werden oder nicht. Dies rüttelt zu heftig an wesentlichen Prinzipien des Datenschutzrechts, namentlich den Grundsätzen der Datensparsamkeit und der Pflicht zur Schaffung von Datensicherheit durch technische und organisatorische Massnahmen.

29 Entsprechend müsste demnach Art. 2 Abs. 2 Bst. b TPJP wie folgt lauten:

[3] Die Finanzintermediäre, die Beraterinnen und Berater gemäss Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c GwG sowie Anwältinnen und Anwälte, die eine Tätigkeit nach Art. 13a BGFA ausüben, haben einen Onlinezugang zu den Daten im Register, ~~soweit~~ sofern und sowie dieser Zugang zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach dem GwG oder BGFA erforderlich ist ~~sind~~. Der Zugang wird Finanzintermediären bzw. Beraterinnen und Beratern verweigert, wenn das Interesse an der Vertraulichkeit an den Daten im Register das Interesse eines Finanzintermediärs an einem Zugang überwiegt. Die Verwendung der ~~dieser~~ Daten ist zudem auf die Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach dem GwG oder BGFA ~~diesen Zweck~~ beschränkt.

1.3.7. Kein Zugang zum Transparenzregister für Medien und Medienschaffende sowie für Nicht-Regierungsorganisationen

30 Der Erläuterungsbericht will offen lassen, ob Medien- und Medienschaffende und Nicht-Regierungsorganisationen («NGO») nach dem Öffentlichkeitsgesetz Zugang zum Transparenzregister verlangen können.

31 Die Information, ob eine bestimmte natürliche Person an einer Rechtseinheit wirtschaftlich berechtigt ist, gehört klarerweise zur individuellen Geheimsphäre. Da auch Rechtseinheiten in das Register aufgenommen werden, die eine bestimmte politische, religiöse oder anderweitig weltanschauliche Ausrichtung haben, kann die Information über die wirtschaftliche Berechtigung an einer bestimmten Rechtseinheit den Charakter besonders schützenswerter Personendaten im Sinne des DSG haben. Solche Daten verdienen entsprechenden erhöhten Schutz. Die Führung des Registers ist nicht in der Lage, im Einzelfall hier über den notwendigen Datenschutz zu entscheiden. Da auch Personen im Ausland den Schutz ihrer Personendaten geniessen, können diese nicht effizient in einem Verwaltungsverfahren dazu angehört werden.

32 Vor diesem Hintergrund ist die einzig sachgerechte Lösung, Medien, Medienschaffenden und NGO grundsätzlich keinen Zugang zum Inhalt des Transparenzregisters zu gewähren.

33 Es ist deshalb im Öffentlichkeitsgesetz ausdrücklich vorzusehen, dass Medien, Medienschaffenden und NGO keine Auskunft über Inhalte des Transparenzregisters erteilt werden darf.

Diese Pflicht ist auch denjenigen Behörden zu überbinden, welche Informationen aus dem Transparenzregister auf dem Weg der Amtshilfe oder des unmittelbaren Zugriffs auf die Daten des Transparenzregisters erhalten.

1.3.8. Potentielles Schlachtfeld «Discrepancy Reporting»

34 Als Informationsquelle ist der Zugang zum Transparenzregister auch wenig attraktiv, wenn man einen genaueren Blick auf die «unerwünschten Folgen der Neugier» wirft.

35 Grundsätzlich gehört es zu den Anforderungen an ein Transparenzregister, dass dieses nach Möglichkeit einen richtigen und aktuellen Inhalt aufweist.

Dies rechtfertigt jedoch nicht, dass dafür ein bürokratisches Monstrum geschaffen wird, das insbesondere die (fakultativen) Konsumenten des Registers (konkret: die einen Zugang nutzenden Finanzintermediäre) über alle Massen in die Pflicht nimmt, sie zu meldepflichtigen Datenlieferanten für das Register und sie in juristische Auseinandersetzungen dazu, wer letztlich die wirtschaftlich berechtigten Personen an einer Rechtseinheit sind, hineinreist. In den Art. 29 ff. VE-TJPG wird aber ein solches unerwünschtes Bürokratiemonster angelegt.

36 Art. 29 VE-TJPG will den Finanzintermediär – wenn er denn das Transparenzregister überhaupt nutzt – dazu zwingen, seine Kunden, aber auch Dritte (i.d.R. mit seinen Kunden verbundene Rechtseinheiten) unter Fristansetzung dazu zu bewegen, das Transparenzregister im Sinne seiner eigenen Erkenntnisse oder auch nur seiner Zweifel zu korrigieren, ansonsten er sie bei der registerführenden Behörde zur Anzeige (mit möglicherweise strafrechtlichen Folgen) bringt.

Dass ein solches Vorgehen das Ende einer jeder Kundenbeziehung bedeutet, braucht nicht näher erläutert zu werden. Ein solch nötigungähnliches Verhalten werden sich vor allem ehrlich und anständig handelnde Rechtseinheiten (zu Recht) von ihren Finanzdienstleistern nicht bieten lassen.

37 Meldet der Finanzintermediär nicht, so setzt er sich selbst der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung (nach Art. 41 VE-TJPG) und finanzmarktaufsichtsrechtlichen Konsequenzen auszusetzen. Und dies allein aus dem Umstand, dass er als Datenkonsument eines Registers handelt.

So schlecht behandeln soll kein Staat die in seinem Gebiet tätigen Finanzintermediäre. Die schweizerischen Finanzintermediäre leisten heute einen sehr grossen Beitrag zur Integrität des Finanzplatzes. Sie haben Bestimmungen wie den Art. 29 VE-TJPG nicht verdient.

38 Den Finanzintermediären kann bei einem solchen gesetzgeberischen Fehltritt in aller Ehrlichkeit nur empfohlen werden, das Transparenzregister nicht als Informationsquelle zu nutzen.

Das einzig Positive ist, dass den Finanzintermediäre wenigstens keine Pflicht zur laufenden Überwachung des Registerinhalts mit Bezug auf ihre Kunden aufgebürdet werden soll.

39 Bleibt das Verfahren im Laufe des Gesetzgebungsprozesses derart kompliziert und mühsam konzipiert, wird der VSV seinen Mitgliedern im Sinne einer Verbandsempfehlung dazu raten müssen, wenn immer möglich, auf einen Zugriff auf das Transparenzregister zu verzichten. Die «Risiken und unerwünschten Nebenwirkungen» einer solchen Nutzung sind nicht vernünftig zu bewältigen.

Die registerführende Behörde und die Kontrollstelle haben ohnehin die Pflicht, die Registerinhalte auf Richtigkeit und Aktualität zu prüfen.

40 Der VSV verlangt deshalb, dass die Meldepflichten der Finanzintermediäre mit Bezug auf Meldung von abweichenden Erkenntnissen an Inhalten des Transparenzregisters oder blossen Zweifeln daran in ein fakultatives Melderecht an die registerführende Behörde zu ändern. Die Anonymität des meldenden Finanzintermediärs muss unter allen Umständen gewährleistet bleiben.

1.3.9. Strafbestimmungen

41 In Art. 41 Abs. 2 VE-TJPG ist vorgesehen, dass die fahrlässige Missachtung der Meldepflichten mit Busse von bis zu CHF 150'000 geahndet werden soll.

42 Die Missachtung der Meldepflichten nach einem TJPG ist eine typische Vorsatztat, die entweder mit Wissen und Willen (direkter Vorsatz) oder dann aber unter bewusster Inkaufnahme des verpönten Erfolgs, d.h. der Herbeiführung eines inhaltlich nicht korrekten Transparenzregisters, (also mit Eventualvorsatz) begangen wird. An einer weitergehenden Fahrlässigkeit, welche den Taterfolg nicht in Kauf nimmt, ist nichts Strafwürdiges.

43 Art. 41 Abs. 2 VE-TJPG ist ersatzlos zu streichen.

44 Art. 43 Abs. 4 VE-TJPG sieht eine Verfolgungsverjährungsfrist von 7 Jahren vor, obschon es sich beim Tatbestand von Art. 41 um eine Übertretung handelt. Art. 41 VE-TJPG ist als echtes Unterlassungs- und Dauerdelikt ausgestaltet, dessen Begehung so lange andauert, wie die vorgeschriebene Meldung nicht erfolgt.

45 Vor diesem Hintergrund erweist sich die verlängerte Verjährungsfrist als nicht sachgerecht. Bei einem Dauerdelikt ist die Verjährungsfrist von drei Jahren ab Ende der Unterlassung absolut ausreichend. Überlange Verjährungsfristen schaffen keinen positiven Beitrag zur Verwirklichung des strafprozessualen Beschleunigungsgebots. Dies insbesondere im Übertretungsstrafrecht.

46 Art. 43 Abs. 4 VE-TJPG ist ersatzlos zu streichen.

2. Sorgfaltspflichten im GwG für Beraterinnen und Berater sowie für Anwältinnen und Anwälte

2.1. Einführung von Sorgfaltspflichten für Anwältinnen und Anwälte

47 Dazu äussert sich der VSV nicht. Die Anwälte sind politisch ausreichend vertreten, um ihre Interessen selbst wahrzunehmen.

2.2. Einführung von Sorgfaltspflichte für Beraterinnen und Berater

2.2.1. Kommentar zum VE

48 Die Einführung von, aufgrund des Tätigkeitsgebiets beschränkter geldwäschereirechtlicher Sorgfaltspflichten für Beraterinnen und Berater von Gesellschaften und Trusts gehört zur Erfüllung internationaler Standards. Entsprechend haben viele Staaten solche Bestimmungen geschaffen. Das internationale Bild ist uneinheitlich hinsichtlich betroffener Berufen und Dienstleistungen. Die USA kennen keine entsprechenden Regeln.

49 Die Vorlage geht erneut über das hinaus, was die Vorgaben der FATF verlangen. Die Schwachstellen sind in einer zu weiten Interpretation der Vorgaben in Empfehlung 22 Buchstaben d und e zu sehen.

50 Von den neuen Vorgaben sind die Vermögensverwalter in der Schweiz nicht in ihrem Hauptgeschäft, sondern in ihren Nebentätigkeiten bei der Beratung ihrer Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungskunden betroffen.

51 Die Hauptbelastung für die Vermögensverwalter, die ja alle bereits über die notwendigen Strukturen zur Geldwäschereibekämpfung verfügen, liegt hier primär in der vernünftigen und sauberen Abgrenzung beim Geltungsbereich der neuen Pflichten. Dies betrifft namentlich Kundenbeziehungen von Vermögensverwaltern, die nicht die Vermögensverwaltung (nach der Legaldefinition des FINIG) zum Gegenstand haben, sondern andere Inhalte haben, namentlich die Altersvorsorge, die Nachfolgeplanung oder die (dem FIDLEG, aber nicht dem GwG unterstehende) Anlageberatung. Im Ergebnis

sind also von den neuen Pflichten potentiell sehr viele Geschäftsbeziehungen der Vermögensverwalter betroffen, die nicht von der Koordinationspflicht nach Art. 2b VE-GwG erfasst sind.

2.2.2. Überschiessende Definition des Beraterbegriffs und der Beratungstätigkeiten

52 Die Empfehlung der FATF greifen in Empfehlung 22 Buchstaben d und e ganz bestimmte Berufsgattungen auf, nämlich einerseits: «lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants» (Bst. d); sowie andererseits: «Trust and company service providers» (Bst. e).

Von einer allgemeinen Erfassung aller Personen, die in bestimmten (nachfolgend zu diskutierenden Bereichen) «Beratung» anbieten, gehen die Empfehlungen der FATF gar nicht aus. Art. 3bis und 3ter VE-GwG gehen (wie schon in früherer, von den Räten zurückgewiesener Vorlage) erheblich über die internationalen Standards hinaus. Zudem sind nicht spezifisch Erbringer von Beratungsdienstleistungen zu erfassen, sondern auch solche Dienstleister, die rein exekutiv (und damit beratungsfrei) Rechts- und Buchhaltungsdienstleistungen berufsmässig erbringen[4]. Der VE bemüht sich hier eine unnötige Sprachästhetik zu wahren – und endet in unnötiger und gefährlicher Überregulierung.

Statt «Berater» müssen vielmehr – im Einklang mit den Vorgaben der FATF – einerseits «berufsmässige Erbringer von Rechts- und Buchhaltungsdienstleistungen» vom Gesetz erfasst werden (Empfehlung 22 Buchstabe d)[5]. Andererseits müssen «berufsmässige Erbringer von Verwaltungsdienstleistungen für Trusts und Gesellschaften» erfasst werden.

Auch soll nicht aus Gründen der gesetzgeberischen Sprachästhetik, eine unerwünschte Überregulierung geschaffen werden. Es ist zielführender, auch in sprachlicher Hinsicht klarer entlang den Empfehlungen der FATF zu legiferieren. Dies auch dann, wenn letztlich die Sprachästhetik darunter etwas zu leiden hat.

53 In einem zweiten Schritt sind nur solche Dienstleistungserbringer (nicht «Berater») regulatorisch zu erfassen, die bestimmte Dienstleistungen erbringen. Der Wortlaut der Empfehlung 22 Buchstaben d und e ist hier klar: «..when they prepare for or carry out transactions for their client..» (Bst. d) bzw. «..when they prepare for or carry out transactions for a client..»

---

4 Insoweit unterschreitet der VE sogar die Vorgaben der FATF.

5 Der Erläuterungsbericht versucht denn auch nicht zu erklären, was ein «Buchhaltungsberater» sein soll. Ein Buchhalter führt Geschäftsbücher. Was ein «Buchhaltungsberater» tut, bleibt unerklärlich.

Insoweit knüpft der Wortlaut von Art. 2 Abs. 3bis und 3ter VE-GwG im Grundsatz richtig an die Vorgaben der FATF an, aber nur im Grundsatz. Effektiv wird der Wortlaut durch den Begriff des «Berater» über die Vorgaben hinaus erweitert. Die reine Beratung gilt eben nicht als Vorbereitung von Geschäften im Sinne von Empfehlung 22 Bst. d. Die «Buchhaltungsberatung» als Dienstleistung im Hinblick auf die Gestaltung und den Aufbau der finanziellen Unternehmenssteuerung ist mit Sicherheit nicht von den Empfehlungen erfasst.

54 Entsprechend muss in Nachachtung der Empfehlung 22 Buchstaben d und e Art. 2 Abs. 1 Bst. c neue wie folgt lauten:

c. für berufsmässige Erbringer von Rechts- und Buchhaltungsdienstleistungen sowie von Erbringer von Verwaltungsdienstleistungen für Trusts und Gesellschaften.

55 Entsprechend muss in Nachachtung der Empfehlung 22 Buchstaben d und e Art. 2 Abs. 3bis sodann wie folgt lauten:

. 3bis Als berufsmässige Erbringer von Rechts- und Buchhaltungsdienstleistungen gelten Personen, die für ihren Klienten oder ihre Klientin regelmässig und entgeltlich folgende Geschäfte vorbereiten oder durchführen:

a. Kauf oder Verkauf von Grundstücken[6];
b. Gründung oder Errichtung von Gesellschaften Stiftungen oder Trusts[7];
c. Verwaltung von Gesellschaften, Stiftungen oder Trusts, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben[8];

6 Bei der Vorbereitung oder Durchführung des Kaufs oder Verkaufs eines einzigen Grundstücks ist die Berufsmässigkeit der Tätigkeit kaum vorstellbar. Dies namentlich, wenn es um eine einmalige Tätigkeit geht. Die Ausrichtung darauf, diese Tätigkeit berufsmässig, d.h. ausgerichtet auf die Erzielung eines Berufseinkommens auszuüben, fehlt dann regelmässig.

7 Dto.

8 Die Führung von Gesellschaften und Stiftungen obliegt nach dem Gesetz deren durch die Statuten bzw. den Gesellschaftsvertrag bestimmten Organen. Wer berufsmässig eine Gesellschaft führt, ist deren Geschäftsführer. Wer als Geschäftsführer für eine Gesellschaft oder Stiftung im Arbeitsverhältnis tätig ist, ist mit Sicherheit nicht von FATF-Empfehlung 22 Buchstaben d und e gedeckt.– ansonsten würden ja alle geschäftsführend tätigen Personen in der Schweiz dem GwG unterstellt. Der VE geht hier ausserordentlich weit über die FATF-Empfehlungen hinaus. Entsprechend ist der Wortlaut hier auf die Verwaltung von Sitzgesellschaften im Sinne des GwG zu beschränken.

d. die Beschaffung von Einlagen ins Kapital einer Gesellschaft oder Stiftung[9];
e. der Verkauf oder Kauf von Anteilen an einer Gesellschaft bzw. die Durchführung von Vermögensübertragungen nach dem Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung[10].

56 Entsprechend muss in Nachachtung der Empfehlung 22 Buchstaben d und e Art. 2 Abs. 3ter sodann wie folgt lauten:

3ter Als berufsmässige Erbringer von Erbringer von Verwaltungsdienstleistungen für Trusts und Gesellschaften gelten Personen, die regelmässig und entgeltlich für ihren Klienten oder ihre Klientin folgende Geschäfte vorbereiten oder durchführen:

a. die Gründung oder Errichtung einer Gesellschaft, einer Stiftung oder eines Trusts Grundstücken[11];
b. die Bereitstellung eines Rechtsdomizils, einer Adresse oder von Räumlichkeiten als Sitz für eine Gesellschaft, eine Stiftung oder einen Trust[12];
c. das Handeln als Aktionärin oder Aktionär oder vergleichbarer Gesellschafterstellung für Rechnung eines Dritten[13];
d. die Vermittlung von Personen, die Tätigkeiten nach Buchstabe c. ausüben[14].

---

9 Hier liegt in der deutschen Fassung des VE mit der Verwendung des Begriffs «Organisation» ein Übersetzungsfehler aus dem Englischen bzw. Französischen vor. Der Begriff der «Organisation» in diesen Sprachen, entspricht dem deutschen Begriff des «Beschaffens» nicht des abstrakten «Organisierens». Zudem muss wohl die Beschaffung von Kapital auch für eine Stiftung gelten. Das Werben für Spenden an gemeinnützige Stiftungen fällt nicht darunter, da es sich dabei nicht im Einlagen ins Kapital handelt.

10 Eine «Gesellschaft» als solche kann nicht Objekt eines Kaufes sein. Die Empfehlungen der FATF verwenden hier den Begriff der «business entity». Es geht damit also um Kauf bzw. Verkauf von Anteilen an einer Gesellschaft (z.B. Aktien oder Kommanditen) oder um Transaktionen, mit denen wesentliche Aktiven und Passiven einer Gesellschaft übertragen werden sollen (insbesondere um Vermögensübertragung nach FUSG). Mit der Ausklammerung von sog. «Asset Deals» würden die Empfehlungen der FATF wohl unterschritten.

11 Hier beziehen sich die Empfehlungen der FATF nicht nur auf Sitzgesellschaften, sondern auch auf operativ tätige Rechtseinheiten.

12 Die Empfehlungen der FATF zielen primär auf die Gewährung des Rechtsdomizils ab. Dieses muss mit der «Adresse» einer Gesellschaft nicht identisch sein.

13 Der englische Begriff des «shareholder» in de Empfehlungen der FATF umfasst nicht nur den Aktionär, sondern alle Formen der Anteilsinhaberschaft an einer Gesellschaft. Für das schweizerische Recht also auch von Anteilen an GmbH, Genossenschaften und Personengesellschaften (unter Einschluss der besonderen Gesellschaftsformen nach dem KAG).

14 Auch hier unterschreitet der VE die Vorgaben der FATF.

3. Weitere Massnahmen zur Stärkung des Geldwäschereiabwehr-dispositivs

3.1. Bargeldtransaktionen: Beschränkungen im Immobilien- und Edelmetall- und Edelsteinhandel

57 Der VSV hat dazu keine Bemerkungen.

3.2. Sanktionensystem der SRO

58 Die rechtlichen Grundlagen der Sanktionensysteme der SRO liegen bisher im rein privatrechtlichen Bereich und waren als «Verbandsstrafen» ausgestaltet. Dies erlaubte die Ausfällung von finanziellen Sanktionen in Form von vereinsrechtlichen oder vertraglichen Konventionalstrafen.

59 Auch wenn die Mitglieder des VSV nicht mehr einer SRO angeschlossen sind, so ist der Verband doch Alleinaktionär der AOOS – Schweizerische Aktiengesellschaft für Aufsicht, die auch eine SRO im Sinne des GwG betreibt. Der VSV ist damit von den geplanten Änderungen an den SRO-Sanktionssystemen mittelbar betroffen.

60 Diese konzeptionell bewährte Form der SRO-Sanktionensysteme soll nun teilweise, namentlich durch Abschaffung der Befugnis zur Verhängung von Konventional- bzw. Verbandsstrafen durch die SRO wesentlich verändert werden.

61 Die von den SRO verhängten Finanzsanktionen hatten in ihrer über 20-jährigen Geschichte nie wesentliche Bedeutung für den Finanzhaushalt der SRO. Die Drohung erheblichen finanzieller Nachteile bei Reglementsverstössen hatte jedoch für die angeschlossenen Finanzintermediäre eine wichtige präventive und abschreckende Wirkung. Sie waren für die Einhaltung der Vorgaben ein wichtiges Element.

62 In ihrer über 20-jährigen Geschichte hatte die SRO VSV in gerade Mal zwei Fällen Verbandsstrafen von mehr als CHF 50'000 ausgesprochen. In beiden Fällen führte die Höhe der Sanktion zum Marktaustritt des betroffenen Finanzintermediärs. Dies zeigt klar, dass die pekuniären Verbandsstrafen eindeutig und überwiegend abschreckenden Charakter haben.

63 Diese finanziellen Sanktionen des Privatrechts sollen nun durch von einer staatlichen Behörde in einem ungenügend definierten Verfahren auszufällende pekuniären Verwaltungssanktionen ersetzt werden. Diese sollen als nicht-strafrechtliche Finanzsanktionen «rein verwaltungsrechtlichen» Charakter haben. Der Gesetzesentwurf spricht in unpräziser Art von «der Pflicht, bis zu CHF 100'000 zu zahlen», obschon es klar und eindeutig um eine «pekuniäre Verwaltungssanktion» für Fehlverhalten geht. Weder wird

der Zahlungsempfänger im Gesetz namentlich genannt, noch werden irgendwelche Bemessungskriterien für die Festlegung des letztlich zu bezahlenden Betrags formuliert. Auch wenn es tatsächlich um eine «pekuniäre Verwaltungssanktion» gehen soll (was nachfolgend in rechtlicher Weise widerlegt wird), sind die Grundsätze der Bemessung im Gesetz in klarer und verständlicher Weise festzulegen.

64 Die Stossrichtung der Gesetzgebung ist klar:

Durch die Hintertür sollen verfassungswidrige Geldbussen (in ein der bundesgerichtlichen Normenkontrolle entzogenes Bundesgesetz) eingeführt werden. Solche Geldbussen stellen klarerweise strafrechtliche Sanktionen dar, für die ein nach den Regeln der Bundesverfassung und der EMRK vorgeschriebenes strafrechtliches Verfahren mit den entsprechenden Verfahrensgarantien (namentlich dem nemo tenetur-Grundsatz und dem besonderen Schutz der Unschuldsvermutung) konventions- und verfassungsrechtlich zwingend vorgeschrieben ist.

65 Im Erläuterungsbericht wird versucht, die wahre Natur der Sanktion zu «verwedeln». Dabei wird nicht davor zurückgeschreckt, sich auf den bundesrätlichen Bericht vom 23. Februar 2022 (BBl 2022 776) zu berufen.

In diesen 140 Seiten starken Bericht kommt der Bundesrat zum klaren Ergebnis, dass pekuniäre Sanktionen keineswegs rein verwaltungsrechtlichen Charakter. In Ziff. 3.8 gelangt der Bundesrat u.a. zur Auffassung, dass die meisten pekuniären Sanktionen im bestehenden schweizerischen Verwaltungsrecht den Charakter einer strafrechtlichen Anklage im Sinne der EMRK bzw. der BV haben. Er erkennt, dass die vom EGMR entwickelten «Engel-Kriterien» für das schweizerische Recht massgeblich sind.

Des Weiteren hat der Bundesrat erkannt, dass pekuniäre Sanktionsdrohungen, die massgeblich vergeltenden oder abschreckenden Charakter haben, nach den «Engel-Kriterien» den Charakter einer strafrechtlichen Anklage haben, und deshalb die Grundsätze des Strafverfahrens zu gelten haben. Dies gilt insbesondere für die Verfahrensrechte wie Anklagevorhalt, nemo tenetur, Unschuldsvermutung und viele weitere mehr (a.a.O., z.B. S. 20).

66 Die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrags von CHF 100'000 ist absolut geeignet, einen selbständig erwerbenden Buchhalter oder Rechtsberater, ein kleinen Treuhänder oder ein Reisebüro mit Nebentätigkeit in Zahlungsverkehrsdienstleistungen (beide SRO-angeschlossen) in den finanziellen Ruin zu treiben. Es geht also um einen Eingriff, der in seiner Sanktionsdrohung für Betroffene von existenzieller Bedeutung sein kann. Ein leichter Eingriff ist das nicht. Da wären eindeutig als strafrechtlicher Natur qualifizierte Ordnungsbussen weniger eingreifend.

Massgebend sind dabei nicht am Ende des Verfahrens verfügte Zahlungsverpflichtungen, sondern die abstrakte Sanktionsdrohung – also die drohende Maximalverpflichtung.

Die in Art. 19b VE-GwG vorgesehene «pekuniäre Verwaltungssanktion hat damit eindeutig einen überwiegend abschreckenden und begangenes Unrecht vergeltenden Charakter im Sinne der «Engel-Kriterien». Es geht nicht um verwaltungsrechtliches Sanktionierung, sondern um eine strafrechtliche Anklage im Sinne von BV und EMRK.

Der überwiegend abschreckende und vergeltende ginge nur dann verloren, wenn der Maximalbetrag der pekuniären Sanktionsdrohung auf wenige tausend Franken, also einen Betrag, der für die potentiell betroffene Population der SRO-Angeschlossenen keinen existenzbedrohenden Charakter hat.

67 Der Bundesgesetzgeber hat auch hier den Vorrang des Verfassungs- und des Konventionsrechts zu respektieren.

68 Aus diesen Gründen lehnt der VSV die vorgeschlagene Änderung von Art. 25 Abs. 3 GwG und die Einführung eines neuen Art. 19b GwG ab. Die Vorteilsabschöpfung bzw. Ersparniskorrektur durch Gesetzes- bzw. Reglementsverstösse wird durch Art. 19 Abs. 3 VE-GwG (analog zu Art. 35 FINMAG) ausreichend abgedeckt. Die Konventionalstrafen der SRO sind als zusätzlicher Unrechtsausgleich beizubehalten.

Alternativ wäre Bestimmung im Sinne von Art. 19b VE-GwG nur dann einzuführen, wenn die maximale pekuniäre Sanktionsdrohung auf ein wenige tausend Franken, jedenfalls aber unter CHF 10'000 liegend, begrenzt würde.

3.3. Format der Verdachtsmeldungen

69 Grundsätzlich stellt sich der VSV nicht gegen Verbesserungen im elektronischen Meldesystem.

70 Allerdings ist bereits heute zu beobachten, dass das elektronische Meldesystem der Meldestelle (MROS) für grosse Institute mit erheblicher Zahl von Meldungen zugeschnitten ist. Der technische Lösungsansatz basiert darauf, dass die Institute auf ihren IT-Systemen komplexe XLM-Dateien generieren, welche auf das System der MROS hochgeladen werden.

Das Online-Erfassungssystem, auf das gewerbliche Finanzintermediäre mit wenigen, bloss im Mehrjahresrhythmus zu erstattenden Meldungen sich abstützen müssen, ist

für den Anwender mehr Strafe als sinnvolle Unterstützung durch E-Government-Massnahmen.

71 Nachdem die MROS sich nun über mehrere Jahre ausser Stande gezeigt hat, ein angemessen benutzerorientiertes Online-System für die Erfassung von Verdachtsmeldungen zu schaffen, ist es Zeit, dass der Bundesgesetzgeber korrigierend eingreift. Dies gilt umso mehr, als mit der vorliegenden Revision der Kreis der Meldepflichtigen Institute in einem grossen Rahmen (namentlich durch Erfassung aller Berater) erweitert wird. Auch diese neu zu erfassende Population ist stark gewerblich geprägt. Der Umgang mit der sie neu treffenden Meldepflicht soll diesen neu Meldepflichtigen nicht durch die bisher bestehenden technischen und logistischen Hürden unnötig erschwert werden. Die wichtige Meldepflicht soll für gewerblich tätige Personen und ihre Kleinstunternehmen angemessen niederschwellig ausgestaltet werden.

72 Entsprechend ist Art. 23 Abs. 7 VE-GwG ergänzend wie folgt zu korrigieren (wesentlicher Änderungsinhalt unterstrichen):

[7] Der Verkehr mit der Meldestelle erfolgt über das Datenbearbeitungssystem nach Absatz 3. Das Bundesamt für Polizei (fedpol) bestimmt den Datenstandard der Informationen, welche über das Datenbearbeitungssystem übermittelt werden. <u>Es trägt bei der Definition des Datenstandards und der Ausgestaltung des Datenbearbeitungssystems den Bedürfnissen unterschiedlicher Kategorien von Meldepflichtigen nach Art. 9 ff. Rechnung</u>.

Abschliessend möchten wir uns noch einmal für die Gelegenheit bedanken, uns zum VE-TPJG vernehmen zu lassen.

Bei Rückfragen bitten wir Sie, sich mit dem Rechtsunterzeichneten in Verbindung zu setzen.

Mit freundlichen Grüssen

Verband Schweizerischer Vermögensverwalter | VSV

Patrick Dorner
Geschäftsführer

Anne Pratolini Delgado
Head Legal Support

Scheuchzerstr. 44
8006 Zürich
044 228 70 10
zuerich@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Chantepoulet 12
1201 Genève
022 347 62 40
geneve@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Via Morosini 1
6943 Vezia
091 922 51 50
lugano@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch