

JUNI 2015

Newsletter

Autoren:
Peter Burckhardt
Andreas Hösli

SWISS LAW FIRM
OF THE YEAR 2015
Who's Who Legal



WHITE-COLLAR CRIME AND COMPLIANCE

Neue Strafrisiken durch die Umsetzung der GAFI-Empfehlungen

Durch das schrittweise Inkrafttreten des Bundesgesetzes zur Umsetzung der neuen GAFI-Empfehlungen am 1. Juli 2015 bzw. am 1. Januar 2016 wird das schweizerische Geldwäschereidispositiv verschärft und über den Finanzbereich hinaus ausgedehnt. Dadurch entstehen für Finanzintermediäre und Händler neue strafrechtliche Risiken.

1 EINLEITUNG

Die Umsetzung der Empfehlungen der *Groupe d'action financière (GAFI)* von 2012 zieht umfangreiche Änderungen mehrerer Bundeserlasse, insbesondere des Geldwäschereigesetzes (**GwG**), Strafgesetzbuchs (**StGB**) sowie des Obligationenrechts (**OR**) nach sich. Dieser Newsletter bietet einen Überblick über die aus **geldwäschereirechtlicher Sicht** wichtigsten Neuerungen, zeigt einige praktische Umsetzungsansätze auf und weist auf die wichtigsten strafrechtlichen Risiken hin.

2 DIE EMPFEHLUNGEN DER GAFI

2.1 HINTERGRUND

Bei der **GAFI** handelt es sich um eine zwischenstaatliche Organisation, welche 1989 durch die Staaten der G7 eingesetzt wurde und ihren Sitz bei der OECD in Paris hat. Neben

dem Gründungsmitglied Schweiz gehören ihr 33 weitere Staaten – darunter die wichtigsten Finanzplätze – sowie zwei Regionalorganisationen an.

Die Ziele der GAFI bestehen darin, die Integrität des Finanzsystems zu verteidigen und eine Vereinheitlichung der weltweit unterschiedlichen Regeln herbeizuführen. Hierzu verabschiedete die GAFI 1990 ihre **40 Empfehlungen**, die seither als international anerkannter Standard zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung gelten. Nach mehrfachen Änderungen wurden die Empfehlungen zuletzt 2012 revidiert.

2.2 UMSETZUNG DURCH DIE SCHWEIZ

Im Rahmen von **Länderexamen** prüft die GAFI regelmässig die Umsetzung ihrer Empfehlungen durch die Mitglieds-

staaten. Nach der letzten Einschätzung im Jahre 2005 wird die Schweiz im Frühjahr 2016 erneut geprüft werden. Als international vernetzter Finanzplatz sieht sich die Schweiz veranlasst, ihre Gesetzgebung den GAFI-Empfehlungen anzupassen. Nach einem langen und zähen politischen Prozess verabschiedete die Bundesversammlung am 12. Dezember 2014 das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI.

Die Änderungen betreffen die folgenden **sieben Themenbereiche**: (1) Verbesserung der Transparenz bei juristischen Personen, insbesondere im Zusammenhang mit Inhaberaktien, (2) Verschärfung der Pflichten der Finanzintermediäre bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an juristischen Personen, (3) Ausdehnung des Begriffs der politisch exponierten Person (PEP) auf inländische PEP sowie auf PEP von zwischenstaatlichen Organisationen, (4) Qualifizierung von schweren Steuerdelikten als Geldwäschereivortaten, (5) Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Barzahlungen bei Kaufgeschäften, (6) Erhöhung der Wirksamkeit des Verdachtsmeldesystems der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) sowie (7) Umsetzung der GAFI-Empfehlung zu den Sanktionen im Bereich der Terrorismusfinanzierung.

Der Bundesrat beschloss eine **schrittweise Inkraftsetzung**. Bereits ab dem **1. Juli 2015** gelten die Änderungen des OR, Kollektivanlagengesetzes (KAG) sowie des Bucheffektengesetzes (BEG). Die weiteren Neuerungen, insbesondere zur Steuergeldwäscherei im StGB sowie die Änderungen des GwG treten in einem zweiten Schritt per **1. Januar 2016** in Kraft. Am gleichen Datum treten voraussichtlich die revidierte Geldwäschereiverordnung-FINMA (**GwV-FINMA**) sowie die revidierte Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (**VSB**) in Kraft.

3 VERSCHÄRFTE ABKLÄRUNGSPFLICHTEN FÜR FINANZINTERMEDIÄRE

3.1 NEUE REGELUNG

Neu ist die wirtschaftlich berechtigte Person nicht nur bei Zweifeln hinsichtlich ihrer Identität mit der Vertragspartei festzustellen, sondern besteht für Finanzintermediäre eine allgemeine Pflicht zur **Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person** (Art. 4 GwG).

Der Begriff des **Finanzintermediärs** ist sehr breit gefasst und umfasst unter anderem Banken, Treuhänder, Anlageberater sowie Vermögensverwalter (vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG).

Einen wichtigen neuen Anwendungsfall bildet die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten auch bei **operativ tätigen Gesellschaften** (Art. 4 Abs. 2 lit. b GwG). Das revidierte Gesetz definiert eine wirtschaftlich berechtigte Person einer operativ tätigen Gesellschaft als jene natürliche Person, welche die Gesellschaft letztlich dadurch kontrolliert, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens **25 Prozent** des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt ist oder sie auf andere Weise kontrolliert (sog. «Kontrollinhaber»; Art. 2a Abs. 3 GwG). Bereits ab dem 1. Juli 2015 hat die **Gesellschaft ein Verzeichnis** über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen vorzubereiten (Art. 679l OR).

Die Feststellungspflichten gelten nicht für **kotierte Gesellschaften** und von solchen mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaften (Art. 4 Abs. 1 GwG).

3.2 PRAKTISCHE UMSETZUNG

Gemäss der Botschaft steht es den Finanzintermediären frei, **Formular A** grundsätzlich für alle Geschäftsbeziehungen zu verwenden; obligatorisch ist dies aufgrund der Neuerungen aber nicht. Hat der Finanzintermediär keine Zweifel, dass die Vertragspartei mit der wirtschaftlich berechtigten Person identisch ist, kann er sich mit der **Dokumentation** dieser Feststellung, etwa in den Kontoeröffnungsunterlagen, begnügen (Art. 4 Abs. 2 lit. a, 7 GwG).

“Der wirtschaftlich Berechtigte ist neu auch bei operativ tätigen Gesellschaften festzustellen.”

4 SCHWERE STEUERDELICHTE ALS GELDWÄSCHEREI-VORTATEN

4.1 NEUES KONZEPT DES GESETZGEBERS

Bei der Revision ihrer Empfehlungen 2012 qualifizierte die GAFI neu auch **Steuerdelikte** im Bereich der direkten und indirekten Steuern als Geldwäschereivortaten. In der Schweiz gelten daher ab dem 1. Januar 2016 nicht mehr wie bisher nur Verbrechen, sondern auch **“qualifizierte Steuervergehen”** als Vortaten zur Geldwäscherei (Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB).

Erfasst ist im Bereich der direkten Steuern der **Steuerbetrag** sowohl bei den Bundessteuern gemäss Art. 186 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) als auch bei den kantonalen und kommunalen Steuern gemäss Art. 59 Abs. 1 erstes Lemma des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), sofern die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als **CHF 300'000** betragen (Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB). In sachlicher Hinsicht erfasst sind somit insbesondere Vergehen im Bereich der Einkommens- und Vermögenssteuer bei natürlichen Personen, Gewinn- und Kapitalsteuern bei juristischen Personen sowie Grundstückgewinnsteuern, nicht hingegen kantonale Erbschafts- und Schenkungssteuern.

Einen Steuerbetrug begeht, wer zum Zwecke der Steuerhinterziehung gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre **Urkunden** mit erhöhter Beweiseignung (wie Geschäftsbücher, Bilanzen oder Lohnausweise) zur Täuschung gebraucht (Art. 186 Abs. 1 DBG, Art. 59 Abs. 1 StHG).

Bei den **indirekten Steuern** (z.B. Mehrwertsteuer, Tabaksteuer oder Zollabgaben) wird der bereits seit dem 1. Februar 2009 als Verbrechen und somit Geldwäschereivortat ausgestaltete qualifizierte Abgabebetrug (Art. 14 Abs. 4 VStrR) inhaltlich leicht geändert; er ist insbesondere nicht mehr auf den Zollschnuggel beschränkt.

4.2 STRAFBARKEIT AUCH BEI STEUERDELIKT IM AUSLAND

Der Täter wird auch bestraft, wenn das qualifizierte Steuervergehen im **Ausland** begangen wird und gemäss dem Grundsatz der doppelten Strafbarkeit auch dort strafbar ist (Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB). Dies bedeutet insbesondere, dass auch Steuerdelikte gegenüber einem **ausländischen Fis-**

kus erfasst sind, sofern der hinterzogene Betrag (bei direkten Steuern) umgerechnet mehr als CHF 300'000 pro Steuerperiode beträgt und die Tat nach dem Recht am Begehungsort strafbar ist. Die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit ist erfüllt, wenn aus Schweizer Optik ein Steuerbetrug vorliegt (wobei dies nicht zu eng ausgelegt werden darf) und im Ausland bereits die "blosse" Steuerhinterziehung strafbar ist.

4.3 PRAKTISCHE UMSETZUNG

Im Rahmen der Compliance-Tätigkeit durch den Finanzintermediär ist zusätzlich zu den bereits bestehenden Abklärungspflichten nach GwG neu auch die Steuerkonformität des verwalteten Vermögens vertieft zu prüfen. Hierfür ist eine **risikobasierte Analyse** anhand von einschlägigen Indizien vorzunehmen.

"Auch ein im Ausland begangenes schweres Steuerdelikt kann Geldwäschereivortat sein."

Für ein **erhöhtes Risiko** sprechen z.B. die nicht nachvollziehbare Verwendung komplexer Offshore-Strukturen oder die fehlende Identität des Kontoinhabers und des wirtschaftlich Berechtigten ohne plausiblen Grund. Auf ein vermindertes Risiko schliessen lassen u.a. eine Selbstdeklaration des Kunden oder der Umstand, dass zwischen dem (Wohn-)Sitzstaat des Kunden und der Schweiz ein Abkommen über den steuerlichen Informationsaustausch besteht. Bestehen Verdachtsmomente für eine fehlende Steuerkonformität, sind **vertiefte Abklärungen** zu treffen.

Gemäss der Botschaft bewirkt die Steuergeldwäscherei nicht die Kontaminierung des gesamten Vermögens des Steuerpflichtigen, sondern nur des **konkret eingesparten Steuerbetrags**. Da dieser jedoch häufig einen rein abstrakten Vermögensvorteil darstellt, welcher infolge fehlenden *paper trails* nicht einem bestimmten Konto des Kunden zugeordnet werden kann, wird sich in der Praxis häufig die Frage stellen, welche Vermögenswerte überhaupt an die MROS gemeldet bzw. gesperrt werden müssen. Zu fordern sein wird, dass eine gewisse **Konnexität** zwischen der Steuerersparnis und dem kontaminierten Vermögensobjekt bestehen muss.

4.4 KEINE RÜCKWIRKUNG

Gemäss der einschlägigen Übergangsbestimmung hat die neue Regelung **keine Rückwirkung**. Demnach sind qualifizierte Steuervergehen, die vor dem 1. Januar 2016 begangen wurden, keine Geldwäschereivortaten.

Unabhängig davon kann jedoch auch eine vor dem 1. Januar 2016 begangene Handlung im Ausland strafbar sein, insbesondere wegen Beihilfe zu Steuerdelikten nach ausländischem Recht.

5 BARZAHLUNGEN ÜBER CHF 100'000

In den parlamentarischen Beratungen stellte sich die Barzahlungsfrage als **höchst umstrittener Punkt** heraus, sodass erst eine Einigungskonferenz eine Übereinstimmung zwischen den eidgenössischen Räten herbeiführte. Hintergrund der Debatte ist, dass Bargeldzahlungen von grösseren Beträgen in Kaufgeschäften heutzutage als

unüblich gelten und aus Sicht der Geldwäscherei potenziell verdächtig erscheinen.

Das ursprünglich vorgeschlagene gänzliche Verbot von Barzahlungen über CHF 100'000 lehnte das Parlament ab. Hingegen bestehen neu für **Händler** erhöhte Sorgfaltspflichten, wenn sie im Rahmen eines Handelsgeschäfts mehr als CHF 100'000 in bar entgegennehmen. Dabei müssen sie die Vertragspartei identifizieren, die wirtschaftlich berechtigte Person feststellen und eine entsprechende Dokumentation erstellen (Art. 8a Abs. 1 GwG). Darüber hinaus sind Hintergründe und Zweck des Geschäfts abzuklären, wenn dieses ungewöhnlich erscheint oder Anhaltspunkte vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuervergehen stammen oder der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen (Art. 8a Abs. 2 GwG).

Die neue Regelung unterstellt nicht ganze Branchen ausdrücklich dem Geldwäschereiregime, sondern knüpft direkt beim Rechtsgeschäft an. Das Gesetz definiert Händler als natürliche oder juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld entgegennehmen (Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG). Der Gesetzgeber dachte insbesondere an Berufsgattungen wie **Immobilien-, Kunst- und Luxuswagenhändler** oder **Juweliere**.

"Wer seine interne Compliance nicht anpasst, riskiert eine Bestrafung wegen Geldwäscherei."

Der Händler kann sich von den erhöhten Sorgfaltspflichten befreien, indem er die CHF 100'000 übersteigenden Zahlungen über einen **Finanzintermediär** abwickeln lässt (Art. 8a Abs. 4 GwG).

6 STRAFRECHTLICHE RISIKEN

Hegt der Finanzintermediär (also beispielweise der verantwortliche Mitarbeiter einer Bank sowie im Falle eines Organisationsverschuldens nach Art. 102 Abs. 2 StGB auch die Bank selbst) oder der Händler einen begründeten Verdacht, dass die Vermögenswerte bzw. Barzahlungsmittel aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuervergehen herrühren, ist unverzüglich **Meldung** an die MROS zu erstatten (Art. 9 GwG). Im Unterlassungsfalle droht neben einer Busse nach Art. 37 GwG unter Umständen eine Bestrafung wegen Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB.

Neu hat der Finanzintermediär (oder der Händler) bei einer Meldung an die MROS die damit im Zusammenhang stehenden Vermögenswerte **nicht** in jedem Falle und **unverzüglich**, sondern in der Regel erst zu sperren, sobald die MROS mitteilt, dass sie die Meldung an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleitet (Art. 10 GwG).

Finanzintermediäre und Händler, welche ihren Pflichten nach GwG nicht genügend nachkommen, riskieren eine Bestrafung insbesondere wegen Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB. Damit verbunden ist das Risiko der Einziehung von kontaminierten Vermögenswerten (Art. 70 StGB).

Finanzintermediären drohen überdies aufsichtsrechtliche Sanktionen sowie eine Bestrafung wegen mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften nach Art. 305^{ter} StGB

(letzterer Tatbestand ist grundsätzlich wohl auch auf Händler anwendbar).

7 FAZIT

Für **Händler** ist die (teilweise) Unterstellung unter das GwG **gänzlich neu**. Sofern sie auf Bargeschäfte über CHF 100'000 auch in Zukunft nicht verzichten wollen, müssen sie Massnahmen ergreifen, welche bisher Finanzdienstleistern vorbehalten waren. Auch die **traditionellen Finanzintermediäre** müssen ihre interne Compliance

umgehend an die erhöhten Sorgfaltspflichten anpassen, wollen sie sich nicht strafrechtlich exponieren. Insbesondere die Einführung der Steuergeldwäscherei bedeutet einen eigentlichen Paradigmenwechsel. Die Herausforderung bei der Umsetzung der verschärften Sorgfaltspflichten besteht darin, dass deren Konturen in zentralen Bereichen noch unscharf sind und kontrovers diskutiert werden. Finanzintermediäre tun daher gut daran, sich bis zur Klärung dieser Fragen durch die Gerichte im Zweifelsfall für die sorgfältigere Variante zu entscheiden.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



Peter Burckhardt

Partner
peter.burckhardt@swlegal.ch

In Genf:



Paul Gully-Hart

Partner
paul.gully-hart@swlegal.ch



Andreas Hösli

Rechtsanwalt
andreas.hoesli@swlegal.ch



Benjamin Borsodi

Partner
benjamin.borsodi@swlegal.ch

SHELLENBERG WITTMER AG / Rechtsanwälte

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Postfach 1876 / 8021 Zürich / Schweiz / T +41 44 215 5252

GENF / 15bis, rue des Alpes / Postfach 2088 / 1211 Genf 1 / Schweiz / T +41 22 707 8000

SINGAPUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapur 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch