

Madame la Conseillère fédérale
Eveline Widmer-Schlumpf
Adresse de réception :
Bundesamt für Polizei fedpol
Stab Rechtsdienst / Datenschutz
Nussbaumstrasse 29
3003 Bern

Bern, den 27. April 2012

Vernehmlassung zur Änderung des Geldwäschereigesetzes (Meldestelle für Geldwäscherei; Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden)

Madame la Conseillère fédérale,

La Fédération Suisse des Avocats (« FSA » ou « SAV ») et l'Organisme d'autorégulation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (« OAR FSA/FSN » ou « SRO SAV/SNV ») ont examiné l'avant-projet du 18 janvier 2012 et vous livrent ci-dessous leur prise de position commune à son propos.

1. Allgemeine Bemerkungen

Im Kern der Änderungen wird angestrebt, den ausländischen Financial Intelligence Units (FIU) neu auch Finanzinformationen (insbesondere Kontoinhaber, -nummern und -saldi, den wirtschaftlich Berechtigten und Angaben zu Transaktionen) zu übermitteln und dies im Gegensatz zur geltenden Regelung unabhängig von einem Amts- oder Rechtshilfegesuch. Bis anhin waren diese Informationen durch das Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG) und das Amtsgeheimnis geschützt.

Der Hauptgrund für die Änderungen liegt darin, dass sich die Schweiz aus politischen und wirtschaftlichen Überlegungen dazu gedrängt sieht, dem wachsenden Druck aus dem Ausland nachzugeben. Die Schweiz soll die zwischenzeitlich noch weiter gefassten internationalen Standards der Egmont-Gruppe und GAFI möglichst zeitnah übernehmen. Diese Standards verlangen den Austausch der genannten Finanzinformationen. Damit wird ein für dieses Land essentieller Grundsatz – die Wahrung der Privatsphäre (Art. 8 EMRK und Art. 13 BV) – tangiert.

Das Recht auf Privatsphäre und das Recht darauf, eine richterliche Verfügung zu erwirken, wenn die Privatsphäre in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird, gehören zu den verfassungsmässigen Grundrechten dieses Landes. Der Erläuterungsbericht der fedpol anerkennt übrigens ausdrücklich, dass der Persönlichkeitsschutz im Privatrecht auf dem verfassungsmässig garantierten Schutz der Privatsphäre beruht (siehe S. 8). In dieser Hinsicht ist der Vorentwurf beunruhigend, weil er es erlaubt, dass private Daten

finanzieller Natur ins Ausland übermittelt werden, ohne dass die betroffene Person davon Kenntnis hat und ohne dass ihr Gelegenheit geboten wird, eine schweizerische Gerichtsbehörde anzurufen, um ihre Rechte geltend zu machen. Die Sorge ist umso grösser, als die Übermittlung wird stattfinden können, ohne dass ein « begründeter Verdacht » im Sinne von Art. 9 GWG besteht und die Wahrscheinlichkeit einer zu Ende geführten und in einem Schuldspruch mündenden Strafuntersuchung statistisch gesehen gering ist.

Es ist grundsätzlich bedenklich, dass aus Gründen der Realpolitik verfassungsgeschützte Werte aufgegeben werden sollen und dies auch noch unter einem hohen zeitlichen Druck. Führt die sorgfältige Interessenabwägung tatsächlich dazu, dass dies unvermeidlich bleibt, ist der gesetzlich zu verankernde Eingriff sorgfältig und abschliessend zu definieren. In jedem Fall hat er aber restriktiv ausgestaltet zu sein.

Aus rechtlicher Sicht drängen der SAV und die SRO SAV/SNV darauf, dass auch der vorliegende Entwurf, der den Eingriff in die verfassungsgeschützte Privatsphäreregeln soll, diesen Grundsätzen uneingeschränkt folgt.

Der SAV und die SRO SAV/SNV haben aber besorgt feststellen müssen, dass dem nicht so ist und der Entwurf insbesondere folgende Mängel aufweist:

- (1) Die spontane Übermittlung jeglicher Informationen ist gar nicht geregelt. Eine spontane Übermittlung ist in den Best Practices der Egmont-Gruppe sowie in den revidierten GAFI-Empfehlungen aber ausdrücklich vorgesehen.¹
- (2) Der Gesetzesentwurf enthält keine Bestimmung, die die Anforderungen an ein ausländisches Ersuchen umschreibt. Die Egmont-Gruppe verlangt aber, dass die Informationsersuchen eines FIU möglichst präzise gefasst sein müssen². Art. 31 neu GwG regelt nur Verweigerungsgründe.
- (3) Die Aufzählung der übermittelbaren Finanzinformationen ist nicht abschliessend (Art. 30 Abs. 2 neu GwG). Der Grundsatz des klar umrissenen, aber restriktiven Eingriffs ist verletzt.
- (4) Den Betroffenen (inklusive Drittfinanzintermediären) stehen keinerlei Rechtsmittel zur Verfügung, die Übermittlung gerichtlich überprüfen zu können.
- (5) Im Ausland können die Informationen an Drittbehörden weitergeleitet werden, ohne dass der Gesetzesentwurf mit der notwendigen Klarheit bestimmt, ob die vorgesehene Zustimmung in jedem

¹ Egmont-Group Best Practices for the Exchange of Information vom 15.11.2004, Ziffer A.1: „*The Egmont principle of free exchange of information at FIU-level should be possible on the basis of reciprocity, including spontaneous exchange*” (www.egmontgroup.org/library/egmont-documents). Siehe auch GAFI-Empfehlungen vom Februar 2012, Empfehlung Nr. 40: „*Les pays devraient coopérer à la fois spontanément et sur demande et devraient fonder cette coopération sur une base légale*”.

² Erläuternder Bericht und Vorentwurf des Bundesamtes für Polizei vom Dezember 2011, S. 26.

Fall oder für ein Land vorab generell erteilt werden kann. Auch hier wird der Grundsatz des klar umrissenen, aber restriktiven Eingriffs verletzt.

Der SAV und die SRO SAV/SNV ersuchen den Bundesrat, diese Punkte, auf welche nachfolgend einzugehen ist, im Rahmen der Ausarbeitung der Botschaft und des Gesetzesentwurfs noch einmal zu überprüfen.

In der Tat ist es im Hinblick auf die Erheblichkeit des Eingriffes in die Privatsphäre und der mangelnden gerichtlichen Überprüfung unerlässlich, dass sich nachfolgend auch das Parlament auf der Grundlage des Erfordernisses einer klaren und restriktiven Regelung äussern kann.

2. Zu Artikel 11a neu GwG und 23 Abs. 2 neu GwG

Unter geltendem Recht darf die Meldestelle zwar kraft Verweis zum Bundesgesetz über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes³ Informationen verlangen, um die ihr gemeldeten Geldwäschereiverdachte besser zu beurteilen. Tatsächlich macht sie von dieser Kompetenz kaum Gebrauch, unter anderem weil sie so unpräzise formuliert ist⁴. Künftig soll im Gesetz verankert werden, dass die Meldestelle nicht nur die ihr vorhandenen Informationen prüft und analysiert⁵, sondern darüber hinaus auch zusätzliche Informationen verlangen kann⁶. Diese darf sie nicht nur von dem Finanzintermediär verlangen, der die Meldung gemacht hat⁷, sondern auch von weiteren Finanzintermediären, von denen anhand der auf Basis der schon vorhandenen Informationen erkennbar ist, dass sie an der fraglichen Transaktion oder Geschäftsbeziehung teilgenommen haben⁸.

Dadurch setzt die Schweiz Empfehlung Nr. 26 des GAFI um. Die Schweiz hat kaum daran Interesse, sich solchen Empfehlungen, die sich innert kurzer Zeit zu internationalen Standards erhärten werden (falls dies nicht schon geschehen ist) zu widersetzen. Im Prinzip ist der SAV und die SRO SAV/SNV mit der Einholung von Informationen durch die Meldestelle einverstanden.

Die vorgeschlagene Gesetzesnorm regelt aber die Details in ungenügender Weise. Vom Wesen her sehen Artikel 11a Abs. 1 und 2 neu GWG vor, dass die Meldestelle künftig Herausgabeaufforderungen erlassen darf, die jenen in Artikel 265 Absatz 3 StPO vorgesehenen ähneln. Die Garantien, die Artikel 265 StPO

³ RS 360.

⁴ Erläuternder Bericht und Vorentwurf des Bundesamtes für Polizei vom Dezember 2011, S. 20.

⁵ Art. 23 Abs. 2 GWG.

⁶ Art. 23 Abs. 2 *in fine* neu GWG.

⁷ Art. 11a Abs. 1 neu GWG.

⁸ Art. 11a Abs. 2 neu GWG.

vorsieht, werden aber im Entwurf nicht nachgebildet. Artikel 265 Absatz 2 StPO sieht vor, dass gewisse Personen der Herausgabepflicht nicht unterstehen: der Beschuldigte, jene Personen, die das Zeugnis verweigern dürfen, und Unternehmen, die sich dadurch selber in einem besonderen Masse selber belasten würden; es wird anerkannt, dass die von einer Editionsverfügung betroffene Person die Versiegelung⁹ verlangen darf, um die diesbezügliche Rechtslage von einem Richter klären zu lassen¹⁰. Ob dies für aufgrund Artikel 11a Abs. 1 oder 2 neu GWG erlassene Editionsverfügungen analog gelten soll, lässt der Entwurf und der diesbezügliche erläuternde Bericht im Unklaren.

Die materiellen und zeitlichen Voraussetzungen der Editionsverfügungen der Meldestelle werden ebenfalls ungenügend umrissen.

- (1) Artikel 23 Absatz 2 *in fine* neu GWG sieht vor, dass die Meldestelle zusätzliche Informationen „soweit nötig“ einholen darf. Wozu diese Informationen aber nötig sein müssen wird nicht näher erläutert. Kraft systematischer Auslegung muss man also wahrscheinlich davon ausgehen, dass die Einholung weiterer Informationen zum Zweck der im selben Absatz vorgesehenen Prüfung und Analyse notwendig sein muss, in Fällen, wo noch kein begründeter Verdacht einer relevanten strafbaren Handlung vorliegt¹¹. Da weitere Informationen immer eine gründlichere Prüfung und Analyse ermöglichen, als ohne sie, besteht das Risiko, dass der Passus „soweit nötig“ eine ungenügende Garantie gegen exploratorisches Vorgehen der Meldestelle bietet.
- (2) Es wird auch nicht präzisiert, ob die zusätzlichen Informationen sofort nach Erhalt der Meldung eines Geldwäschereiverdachts eingeholt werden müssen, d.h., bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Meldestelle entscheidet, ob die Information an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden soll, oder ob sie dies noch zu einem späteren Zeitpunkt machen darf, vielleicht sogar noch nach Eröffnung einer Strafverfolgung.

Aufgrund der aufgeführten Bedenken schlagen der SAV und die SRO SAV/SNV vor, den Entwurf wie folgt umzuformulieren.

- (1) Artikel 11a Absatz 4 neu GWG: *„Artikel 265 Absatz 2 StPO und der Straf- und Haftungsausschluss gemäss Artikel 11 gelten analog“.*
- (2) Artikel 23 Absatz 2 neu GWG: *„Die Meldestelle prüft und analysiert die eingegangenen Meldungen. Soweit zur unverzüglichen Prüfung einer Anzeigepflicht nach Artikel 23 Absatz 4 nötig holt sie nach Artikel 11a zusätzliche Informationen ein“.*

⁹ Art. 264 Abs. 3 StPO.

¹⁰ LEMBO/JULEN BERTHOD, Commentaire romand, N. 20 zu Art. 265 StPO.

¹¹ Art. 23 Abs. 4 GWG.

3. Zu Artikel 30 neu GwG

Le nouvel article 30 LBA, selon l'avant-projet, a pour objectif de déterminer les conditions de la collaboration du Bureau de communication avec ses homologues étrangers, les Centres de Renseignements Financiers (« CRF »).

En premier lieu, l'expression „*les données personnelles et les autres informations*“ devrait être précisée en ce sens qu'elle ne comprend pas les documents à partir desquels ces données et autres informations sont, le cas échéant, prélevées.

Par ailleurs, il convient d'éviter que le bureau de communication puisse, à la demande d'un CRF étranger, demander des données personnelles et autres informations à un intermédiaire financier, alors même qu'aucune déclaration de „*soupçon fondé*“ n'a été enregistrée. Il importera donc d'observer strictement les limitations à cet égard figurant à la page 21 du rapport explicatif : il doit y avoir „*à la base un lien direct entre l'intermédiaire financier tiers et une communication de soupçons reçue par le bureau de communication. En d'autres termes, le bureau de communication ne peut réclamer d'informations auprès d'intermédiaires financiers tiers s'il n'y a pas de relation concrète entre ces derniers et une communication de soupçons*“. Toute autre interprétation reviendrait à contourner gravement les exigences de l'entraide judiciaire.

Par ailleurs, ne serait-ce que sous l'angle rédactionnel, l'engagement prévu à l'art. 30 al. 1, lettre a, selon lequel le CRF étranger s'engage à utiliser les informations exclusivement à des fins d'analyse ne paraît guère conciliable avec l'alinéa 4 lettre b, du même article (ouverture d'une procédure pénale ou justification d'une demande d'entraide judiciaire).

Quant aux autres engagements stipulés aux lettres c, d et e de l'art. 30 al. 1, la vérification de leur respect sera en pratique difficile, voire impossible. Il conviendra donc que le bureau de communication se montre restrictif et prudent dans l'exécution de cette collaboration.

En outre, le nom de l'intermédiaire financier ayant fait la communication de soupçons selon l'art. 9 LBA (ou art. 305 ter CP) ne devrait être transmis qu'en cas d'absolue nécessité et seulement pour autant qu'il s'agisse d'un établissement bancaire. Si l'intermédiaire financier est, par exemple, un gérant de fortune ou tout autre intermédiaire financier agissant à titre individuel, les risques de mise en danger de sa sécurité, voire de son intégrité corporelle, sont trop élevés, le client ou l'Etat requérant pouvant être tenté par des mesures violentes de rétorsion.

Une telle limitation va dans le même sens que l'interdiction de transmettre à un CRF étranger le nom des employés auteurs de la communication de l'intermédiaire financier, prévues à l'alinéa 3.

Par ailleurs, il convient d'ajouter un alinéa 3 (nouveau) prévoyant que le bureau de communication informe l'intermédiaire financier de toute transmission de données personnelles et autres informations à un homologue étranger. En effet, il n'y a aucune raison que l'intermédiaire financier soit maintenu dans l'ignorance, alors que si cette transmission était faite à l'intérieur de la Suisse (Procureur de la Confédération ou Procureur cantonal), il aurait le plus souvent connaissance de ce fait.

Une fois en possession de cette information, l'intermédiaire financier doit pouvoir en informer son client, en vertu des règles du mandat, à moins qu'une interdiction d'informer ne lui ait été signifiée par une autorité suisse.

Enfin, la vérification du respect effectif des garanties requises par l'alinéa 4 de l'art. 30 est, elle aussi, très aléatoire. C'est pourquoi, il importe que dans tous les cas – et donc aussi pour les CRF membres du Groupe Egmont, le bureau de communication obtienne expressément les garanties requises.

4. Zu Artikel 31 neu GwG

Artikel 31 neu GwG hält lediglich die Auskunftsverweigerungsgründe fest. Völlig unerwähnt bleiben die inhaltlichen Anforderungen an ein ausländisches Ersuchen.

Die Egmont-Gruppe fordert, dass die Ersuchen möglichst präzise gefasst sein müssen¹². Ihre weiteren Grundsätze, dass „fishing expeditions“ unzulässig sind, und dass „no second guess of the grounds of suspicion“ angewandt werden soll¹³, verleihen dem Grundsatz der Präzisierung zusätzliches Gewicht. Dass gar keine Anforderungen für ausländische Ersuchen bestimmt werden können, sieht nicht einmal die Egmont-Gruppe vor. Im Gegenteil, es ist möglich, Voraussetzungen zu bestimmen, wenn auch nicht exzessive¹⁴. Weshalb der Gesetzesentwurf gar keine vorsieht, ist auch dem Bericht der fedpol nicht zu entnehmen.

¹² Erläuternder Bericht und Vorentwurf des Bundesamtes für Polizei vom Dezember 2011, S. 26, mit Hinweisen. Egmont-Group Best Practices for the Exchange of Information vom 15.11.2004, Ziffer B.9: „Requests for information that are not related to a specific country and that are being sent to several FIUs at the same time should be justified as much as possible, providing an overview of the underlying facts. Also the request should be targeted as precisely as possible“ (www.egmontgroup.org/library/egmont-documents).

¹³ Erläuternder Bericht und Vorentwurf des Bundesamtes für Polizei vom Dezember 2011, S. 26.

¹⁴ Egmont-Group Best Practices for the Exchange of Information vom 15.11.2004, Ziffer A.4: „The exchange of information between FIUs should take place as informally and as rapidly as possible and with no excessive formal prerequisites, while guaranteeing protection of privacy and confidentiality of the shared data“ (www.egmontgroup.org/library/egmont-documents).

Nebst dem fordert die Egmont-Gruppe im Zusammenhang mit der GAFI-Empfehlung 26, dass auch ausserhalb einer Verdachtsmeldung bei Drittfinanzintermediären Informationen eingefordert werden können. Die Schweiz folgt diesem Grundsatz nicht und verlangt das Vorliegen einer Verdachtsmeldung¹⁵. Es ist voraussehbar, dass die Haltung der Schweiz in Bezug auf das Vorliegen einer Verdachtsmeldung von anderen FIU früher oder später bemängelt wird. Bereits heute steht aber fest, dass die FIU im Sinne des anvisierten, nahezu freien Informationszugangs offene und weitgefaste Ersuchen stellen werden. Dies erst recht, wenn die Schweiz gar keine Anforderungen an den Inhalt ausländischer Ersuchen stellt.

Nur am Rande sei bemerkt, dass unklar ist, ob die von der Schweiz geforderte Verdachtsmeldung sich auf den Sachverhalt beziehen muss, der im Ausland untersucht wird und weshalb ein Ersuchen an die Schweiz gestellt wurde. Oder ob es genügt, dass im Archiv der Meldestelle eine Verdachtsmeldung liegt. Gerade grössere Finanzintermediäre, die in diverse Geschäftsbeziehungen involviert sind und damit allenfalls wiederholt in Verdachtsmeldungen auftauchen, dürften damit rechnen müssen, dass diese Informationen ungehindert ins Ausland übermittelt werden.

Der SAV und die SRO SAV/SNV sind daher überzeugt, dass das Gesetz die (Minimal-)Anforderungen an ein Ersuchen in Bezug auf die Gründe und Belege zu bestimmen hat. Nur so kann die Meldestelle das Einhalten der Grundsätze prüfen und diesen folgen. Und nur so haben die Betroffenen, denen keine gerichtliche Überprüfung zusteht, Gewähr, dass der Eingriff in die Privatsphäre restriktiv gehandhabt wird.

* * * * *

La FSA et l'OAR FSA/FSN vous remercient de prendre en compte leurs observations et vous prient d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de leur considération distinguée.

Präsident SAV

Präsident SRO SAV/SNV

Beat von Rechenberg

Peter Lutz

¹⁵ Erläuternder Bericht und Vorentwurf des Bundesamtes für Polizei vom Dezember 2011, S. 20.