

**Einschreiben / vorab per E-Mail**

Bundesamt für Justiz BJ  
Herr Andrea Candrian  
Stv. Leiter Internationales Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zug, 11. Oktober 2017

**Stellungnahme zu den Gesetzesänderungen im Bereich der Terrorismus-  
bekämpfung**

Sehr geehrter Herr Candrian  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Mitteilung vom 22. Juni 2017, mit welcher Sie zur Einreichung einer Stellungnahme in oben genannter Angelegenheit eingeladen haben.

Der VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen ist die grösste Selbstregulierungsorganisation (SRO) nach Art. 24 ff. des Geldwäschereigesetzes (GwG). Neben seiner Funktion als SRO ist der VQF auch eine Branchenorganisation für unabhängige Vermögensverwalter (BOVV) gemäss dem Kollektivanlagengesetz (KAG) mit von der FINMA anerkannten Standesregeln für die Ausübung der Vermögensverwaltung.

Gerne nehmen wir fristgerecht wie folgt Stellung:

**1. Art. 80d<sup>bis</sup> VE-IRSG**

Mit dem Ziel einer effizienteren Terrorismusbekämpfung soll das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG) angepasst werden. Da die Schweiz gestützt auf das geltende Recht anderen Ländern im Rahmen der Rechtshilfe Informationen regelmässig erst nach formellem Abschluss des Rechtshilfeverfahrens übermitteln könne, soll über Art. 80d<sup>bis</sup> VE-IRSG eine vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln, d.h. eine «dynamische Rechtshilfe», ermöglicht werden (Ziff. 4.4.1 Erläuterungsbericht):

«Art. 80d<sup>bis</sup> Vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln

<sup>1</sup> Die zuständige kantonale oder eidgenössische Behörde kann vor Erlass der Schlussverfügung jede für das ausländische Verfahren notwendige Rechtshilfemassnahme anordnen und Informationen sowie erhobene Beweismittel, die im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Verfolgung einer auslieferungsfähigen Straftat stehen, vorzeitig übermitteln:

- a. wenn es im Interesse des Verfahrens liegt, insbesondere um die Vertraulichkeit des Verfahrens zu wahren; oder
- b. um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwehren, insbesondere verbunden mit der Begehung einer terroristischen Straftat.

<sup>2</sup> Die Übermittlung kann unaufgefordert oder auf Ersuchen erfolgen.

<sup>3</sup> Die Mitteilung an die betroffene Person wird aufgeschoben.

<sup>4</sup> Die vorzeitige Übermittlung gemäss Absatz 1 setzt voraus, dass sich die ersuchende Behörde vorgängig verpflichtet:

- a. die Informationen oder Beweismittel nur zu Ermittlungszwecken und keinesfalls zum Zweck des Beantragens, Begründens oder Aussprechens eines Endentscheids zu verwenden;
- b. die zuständige eidgenössische oder kantonale Behörde, sobald es das ausländische Verfahren erlaubt, darüber zu informieren, dass die vorzeitige Übermittlung der betroffenen Person gemäss Artikel 80m zur Kenntnis gebracht werden kann, damit diese vor Erlass der Schlussverfügung Stellung nehmen kann;
- c. die durch vorzeitige Übermittlung erlangten Informationen oder Beweismittel aus den Akten des ausländischen Verfahrens zu entfernen, wenn die Rechtshilfe verweigert wird.

<sup>5</sup> Die gemäss Absatz 1 vorgesehene Zwischenverfügung wird dem Bundesamt unverzüglich und vor der vorzeitigen Übermittlung mitgeteilt. Sie ist nicht selbständig anfechtbar.»

## 2. Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> und 3 VE-GwG

Verstärkt werden soll auch die internationale Zusammenarbeit zwischen den Meldestellen für Geldwäscherei (Financial Intelligence Units, FIU). Da die zuständige Schweizer Behörde (Meldestelle für Geldwäscherei, MROS) erst tätig werden darf, wenn eine Verdachtsmeldung aus der Schweiz vorliegt, würden heute Informationen aus dem Ausland über mögliche Terrorismusfinanzierung in der Schweiz teilweise liegen gelassen (Ziff. 4.5.1.4 Erläuterungsbericht). Deshalb schlägt der Bundesrat vor, dass die MROS künftig auch aufgrund von Informationen ausländischer FIUs aktiv werden könne. Entsprechend soll Art. 11a des Geldwäschereigesetzes (GwG) wie folgt ergänzt werden:

«Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> und 3

<sup>2bis</sup> Wird aufgrund der Analyse von Informationen, die von einer ausländischen Meldestelle stammen, erkennbar, dass diesem Gesetz unterstellte Finanzintermediäre an einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang mit diesen Informationen beteiligt sind oder waren, so müssen die beteiligten Finanzintermediäre der Meldestelle auf Aufforderung hin alle damit zusammenhängenden Informationen herausgeben, soweit sie bei Ihnen vorhanden sind.

<sup>3</sup> Die Meldestelle setzt den nach den Absätzen 1, 2 und 2bis betroffenen Finanzintermediären eine Frist für die Herausgabe.»

### **3. Einschätzung**

#### **a. Internationale Amts- oder Rechtshilfe als Ausnahme des Grundsatzes der Territorialhoheit**

Grundsätzlich gilt der völkerrechtliche Grundsatz der Territorialhoheit, nach welchem die Hoheitsgewalt eines Staates durch seine Landesgrenzen beschränkt wird. Die Schweiz hat die Strafhoheit für Taten, die auf ihrem eigenen Staatsgebiet begangen wurden. Besteht keine schweizerische Strafhoheit für eine Tat, so kann diese Tat in der Schweiz nicht aufgrund des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) beurteilt werden. Umgekehrt ist die Ausübung fremder Strafhoheit auf schweizerischem Territorium unzulässig: Möchte ein ausländischer Staat aufgrund eines im Ausland von einem Ausländer verübten Deliktes, dass die Schweiz Amtshandlungen leistet, muss dieser Staat mit den Mitteln der Rechtshilfe oder der Amtshilfe vorgehen. Tut er das nicht, verstösst er gegen die Staatensouveränität, welche über Art. 271 StGB in der Schweiz einen strafrechtlichen Schutz genießt. Die internationale Amts- und Rechtshilfe dient somit dazu, dem ausländischen Staat trotz seiner fehlenden Strafhoheit Hilfe zur Durchsetzung seines Strafanspruches in der Schweiz zu leisten, indem ihm die in der Schweiz befindlichen Beweise zugänglich gemacht werden. Da die Beweisbeschaffung nach schweizerischer Auffassung eine amtliche Handlung ist, die unter den Schutzbereich von Art. 271 StGB fällt, muss sie aufgrund eines von Staatsverträgen oder im Bundesrecht geregelten Verfahrens erfolgen und ist damit an zahlreiche Voraussetzungen gebunden.

#### **b. Amts- oder Rechtshilfeverfahren als Verwaltungsverfahren**

Bei der Amtshilfe leisten mit rechtsdurchsetzenden Aufgaben betraute Behörden in einem nichtstreitigen und nichtstrafenden Verfahren Hilfe. Beim Rechtshilfeverfahren handelt es sich dagegen um eine Hilfeleistung zwischen rechtsprechenden Behörden in einem streitigen und strafenden Verfahren. In beiden Fällen stellt die Hilfeleistung einen Verwaltungsakt dar, dessen materielle und formelle Regeln dem Verwaltungsrecht unterstehen. Beim Amts- oder Rechtshilfeverfahren handelt es sich also grundsätzlich um ein Verwaltungsverfahren.

Das Rechtshilfegesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) zur Anwendung gelangen (Art. 12 Abs. 1 IRSG). Für das Amtshilfeverfahren fehlt eine einheitliche Verfahrensordnung: Das Steueramtshilfegesetz (StAHiG) sieht etwa die Anwendbarkeit des VwVG ausdrücklich vor (Art. 5 Abs. 1 StAHiG); gemäss Rechtsprechung darf über das Amtshilfeverfahren das Rechtshilfeverfahren weder materiell noch im Hinblick auf den Rechtsschutz ausgehöhlt bzw. umgangen werden. Entsprechend finden in beiden Verfahren die Grundsätze der Rechtshilfe und damit diejenigen des Verwaltungsrechts Anwendung. Sofern eine natürliche Person in ihren Grundrechten eingeschränkt werden soll, sind die allgemeinen Voraussetzungen zur Beschränkung von Grundrechten zu beachten: Dazu be-

darf es einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.

### c. Zu Art. 80d<sup>bis</sup> VE-IRSG

Diese Bestimmung sieht unter Abs. 1 vor, dass Informationen und Beweismittel an ausländische Behörden übermittelt werden dürfen, bevor über die Erteilung der Rechtshilfe formell entschieden wurde. Diese Amtshandlung stellt gemäss Abs. 5 der genannten Bestimmung eine «nicht anfechtbare Zwischenverfügung» dar, über welche die betroffenen Parteien erst im Nachhinein erfahren (Abs. 3).

Zwar sind Individuen nicht Partei am Rechtshilfeverkehr an sich, da die Rechtshilfe in erster Linie das Verhältnis zwischen Staaten betrifft, jedoch sind sie Partei am Rechtshilfeverfahren im ersuchten Staat. Entsprechend sind Verfolgte und weitere Personen, welche von der Rechtshilfemassnahme betroffen sind, gestützt auf Art. 21 IRSG befugt, Verfügungen eidgenössischer und kantonalen Behörden anzufechten. Verfügungen müssen deshalb mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein, die das zulässige Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennt (Art. 22 IRSG). Art. 21 f. IRSG setzen den – als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) verankerten – Anspruch auf rechtliches Gehör um. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können.

Werden Informationen oder Beweismittel im Rahmen einer „nicht anfechtbaren Zwischenverfügung“ (Abs. 1 und 5) übermittelt – über welche die Betroffenen erst später erfahren (Abs. 3), liegt eine Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV vor. Denn im Gegensatz zu den Ausführungen des Erläuterungsberichts (Ziff. 4.4.2.2 Abs. 7) ist diese Grundrechtsverletzung nicht über die Anfechtbarkeit der (späteren) Schlussverfügung heilbar: Da Rechtsprechung und Lehre die These der „Heilbarkeit“ der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die nachträgliche Gehörgewährung „im Rechtsmittelverfahren“ ablehnen, ist eine gesetzlich verankerte, d.h. eine „von vornherein“ bestehende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör absolut ausgeschlossen. Art. 80d<sup>bis</sup> VE-IRSG ist somit aufgrund Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unzulässig.

Auch die der ersuchenden (ausländischen) Behörde auferlegten Voraussetzungen gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung sind nicht geeignet, um zu einem anderen Schluss zu gelangen: Gemäss Abs. 4 muss sich die ausländische Behörde „vorgängig verpflichten“, (1) die Informationen oder Beweismittel „nur zu Ermittlungszwecken [...] zu verwenden“ (lit. a), (2) der zuständigen (schweizerischen) Behörde mitzuteilen, „sobald es das ausländische Verfahren erlaubt“, dass die Betroffenen informiert werden dürfen (lit. b), und (3) die erhaltenen Informationen und Beweismittel zu vernichten, sollte die Rechtshilfe verweigert werden (lit. c). Die Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen

nach Art. 80d<sup>bis</sup> Abs. 4 lit. a bis c VE-IRSG kann sich lediglich darauf beschränken, die Vollständigkeit der entsprechenden Bestätigung der ersuchenden (ausländischen) Behörde zu überprüfen. Dabei verlangt Art. 80d<sup>bis</sup> Abs. 4 VE-IRSG nicht einmal die Schriftform der Bestätigung. Ferner verfügt die Schweiz über keinerlei Möglichkeit, bei – auch offensichtlich – unzutreffender Bestätigung diese zu hinterfragen, geschweige denn zu überprüfen. Art. 80d<sup>bis</sup> Abs. 4 VE-IRSG sieht ferner keine Sanktion bei Nichteinhaltung der Bestätigung vor: Diese Bestimmung sieht nicht einmal vor, dass bei Verletzung der Bestätigung die Schweiz bei einem weiteren Gesuch der ersuchenden (ausländischen) Behörde die Herausgabe weiterer Informationen oder Beweismitteln verweigert wird. Dadurch wird in Kauf genommen, dass die Schweiz Missachtungen von Art. 80d<sup>bis</sup> Abs. 4 VE-IRSG der ersuchenden (ausländischen) Behörde machtlos gegenübersteht und dass damit die – ohnehin unter Verletzung des Grundrechts gemäss Art. 29 Abs. 2 BV beschaffenen – Informationen oder Beweismittel – auch zu eigenen (Schweizer) Bürgern – im Ausland missbraucht bzw. zweckentfremdet werden.

#### **d. Zu Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> und 3 VE-GwG**

Gemäss dieser Bestimmung ist die MROS ermächtigt, ohne vorgängige Verdachtsmeldung Informationen bei einem Schweizer Finanzintermediär zu beschaffen, dies gestützt auf Informationen einer ausländischen Meldestelle.

Laut Erläuterungsbericht ergänzt diese neue Bestimmung die Kompetenzen der MROS im Bereich der internationalen Amtshilfe (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 1). Insbesondere soll die MROS der Anfrage einer ausländischen Meldestelle bezüglich Informationen „krimineller oder transaktioneller Art“ ohne vorgängige Verdachtsmeldung nachkommen können. Für die Beschaffung der dafür nötigen Informationen soll sich die MROS nicht mehr auf die Datenbanken oder auf die Amtshilfe anderer Schweizer Behörden beschränken müssen, vielmehr soll sie Informationen direkt bei den Finanzintermediären einholen dürfen. Das direkt an den Finanzintermediär gerichtete Auskunftersuchen stelle dabei keine „Verfügung zur Herausgabe von Dokumenten gemäss Bestimmungen der Strafprozessordnung“ dar, da es sich bei der MROS nicht um eine Strafbehörde handle (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 2 bis 4).

Wie oben ausgeführt (Ziff. 3/b), darf über das Amtshilfverfahren das Rechtshilfverfahren weder materiell noch hinsichtlich des Rechtsschutzes ausgehöhlt bzw. umgangen werden. Entsprechend finden auch auf das Amtshilfverfahren die Grundsätze der Rechtshilfe und damit diejenigen des Verwaltungsrechts Anwendung. Somit müssen Personen, welche vom Amtshilfverfahren betroffen sind, im Rahmen dieses Verfahrens von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV Gebrauch machen können. Dieses Grundrecht kann einem am Amtshilfverfahren Beteiligten nicht dadurch verwehrt werden, dass der Erläuterungsbericht das Informationsersuchen der MROS nicht als Verfügung qualifiziert (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 4). Tatsache ist, dass das von der MROS direkt an den Finanzintermediär gerichtete Informationsersuchen alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG enthält, da es sich

dabei um eine hoheitliche, einseitige und individuell-konkrete Anordnung einer Behörde handelt. Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> VE-GwG ist somit aufgrund der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unzulässig. Sowohl zu Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> GwG als auch zu Art. 80d<sup>bis</sup> VE-IRSG gilt es zu bemerken, dass das Grundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welchem Verfassungsrang zukommt, nicht leichtfertig geopfert werden darf, d.h. ohne auf Verfassungsstufe definierte dringende Notwendigkeit, welche hier nicht gegeben ist.

Die verfassungswidrige Informationsbeschaffung gemäss Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> VE-GwG wird nicht dadurch leichter, dass der Austausch der Informationen zwischen MROS und ausländischer Meldestelle nach Art. 30 ff. GwG gestaltet wird, auch nicht dadurch, dass die MROS keine Beweismittel, sondern lediglich Informationen in Berichtsform übermittelt (Ziff. 4.5.1.5 Abs. 5 Erläuterungsbericht).

Die Finanzintermediäre werden durch diese Regelung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise für die Informationsbeschaffung eingebunden, ohne dass geregelt wäre, welches die Rechtsfolgen bei einer Weigerung der Informationsherausgabe sind und in welcher Art die Informationen herausgegeben werden müssen. So stellt sich z.B. die Frage, ob der Finanzintermediär einzelne Aktienstücke herausgeben müsste oder einen Bericht z.H. der MROS verfassen könnte. Ebenfalls ist der Finanzintermediär ungenügend gegenüber allfälligen Repressalien des (ehemaligen) Kunden geschützt, der möglicherweise im Rahmen eines im Ausland eingeleiteten Verfahrens erfährt, dass der Finanzintermediär in der Schweiz (sein Vertragspartner) Hinweise und Informationen geliefert hat. Insbesondere ist in Anbetracht der Mitgliedstaaten der Egmont Gruppe (z.B. Afghanistan, Angola, Aserbaidschan, Kirgistan, Russland u.w.) nicht ausgeschlossen, dass solche Informationen – entgegen dem Gesetzestext – auch in rechtsstaatlich bedenklichen Verfahren verwendet werden.

Gestützt auf das Vorangehende lehnen wir diese Neuerungen aus Bedenken bezüglich der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechtskonformität der vorgenannten Bestimmungen ab, zumal keine Notwendigkeit besteht, die MROS mit diesen Kompetenzen, insbesondere jenen nach Art. 11a Abs. 2<sup>bis</sup> VE-GwG, auszustatten, da die MROS bereits heute über gesetzlich verankerte Austauschmöglichkeiten mit der FINMA sämtliche notwendigen Informationen beschaffen und mit ausländischen Partnern austauschen kann. Der durch den im bestehenden Weg stattfindenden Austausch verschafft zudem dem Vieraugenprinzip die notwendige Nachachtung.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße

**VQF**

Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen



Dr. Martin Neese  
Präsident



Nicolas Ramelet  
Geschäftsführer

**LSI ordnungshalber**