

VORENTWURF DES GWG: EINFLUSS AUF DIE BERATENDE TÄTIGKEIT DES ANWALTS UND DAS BERUFSGEHEIMNIS

PETER LUTZ

RA, Dr. iur., LL. M., Partner bei Lutz Partner Rechtsanwälte AG in Zürich¹

MARTIN KERN

RA, M. A. HSG, Associate bei Lutz Partner Rechtsanwälte AG in Zürich

Stichworte: Geldwäschereibekämpfung, Anwaltstätigkeit, Berufsgeheimnis, GwG, Revision, GAFI/FATF

Der Bundesrat hat am 1. 6. 2018 Anpassungen des GwG vorgeschlagen, die schwerwiegende Konsequenzen für den Anwaltsberuf hätten. So sollen Anwälte und Anwältinnen auch in ihrer klassischen Beratungstätigkeit dem GwG unterstellt werden. Neben erheblichem Mehraufwand bei der Mandatsführung wären vor allem eine Beeinträchtigung der Klientenbeziehung und der anwaltlichen Funktion in der Rechtspflege die Folge. Zudem weicht der Vorschlag von der bewährten Konzeption des GwG ab und geht weit über das hinaus, was von den einschlägigen Empfehlungen verlangt wird.

I. Die Geltung von Art. 305^{bis} StGB für Anwälte²

Jede und jeder kann sich der Geldwäscherei i. S. v. Art. 305^{bis} StGB strafbar machen.³ Die Anstiftung und Gehilfenschaft zur Geldwäscherei ist ebenfalls strafbar (Art. 24 bzw. 25 StGB). Tatbeiträge wie Planung und Beratung können für die Gehilfenschaft relevante Handlungen darstellen.⁴ Das alles gilt auch für Anwälte und Anwältinnen: Sie können sich der Geldwäscherei und der Teilnahme daran strafbar machen. Dies geht in der Debatte um die Bekämpfung der Geldwäscherei und die Rolle der Anwälte in diesem Zusammenhang oft vergessen oder wird unterschlagen. Es ist daher wichtig, vorab in Erinnerung zu rufen, dass der Anwaltsberuf bereits heute nicht ausserhalb des Dispositivs zur Geldwäschereibekämpfung quasi in einem rechtsfreien Raum steht.⁵

Anwälte mögen sich an strafrechtlich relevanten Handlungen ihrer Klienten beteiligt haben. Es darf aber von der Beteiligung einzelner Anwälte an Geldwäschereihandlungen nicht auf die Straflosigkeit solcher Handlungen geschlossen werden. Falsch ist es deshalb, wenn aus der Beteiligung von Anwälten an deliktischem Verhalten und dessen Verschleierung jeweils ohne Weiteres auf das Fehlen genügender Vorkehrungen zu dessen Verhinderung geschlossen wird. Aus dem Rechtsbruch wird allzu oft reflexartig ein Rechtsdefizit abgeleitet.

Dieses vermeintliche Rechtsdefizit soll nun mittels einer Anpassung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) behoben werden. Der Bundesrat hat hierzu am 1. 6. 2018 mit der Veröffentlichung des Gesetzesvorentwurfs⁶ und des Erläuternden Berichts⁷ die Vernehmlassung

- 1 Der Artikel gibt die persönliche Meinung der Autoren wieder und stellt nicht die offizielle Meinung der SRO SAV/SNV dar, deren Präsident Dr. Peter Lutz ist.
- 2 Zu beachten ist, dass die nachfolgenden Ausführungen selbstverständlich auch mutatis mutandis für Notare und Notarinnen, die ebenfalls dem Berufsgeheimnis unterstellt sind, gelten. Die Ausführungen konzentrieren sich auf Anwältinnen und Anwälte, wobei der Einfachheit halber von Anwälten die Rede ist.
- 3 MARK PIETH, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2013, N 1 zu Art. 305^{bis} StGB.
- 4 MARC FORSTER, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2013, N 22 zu Art. 25 StGB.
- 5 Diesbezüglich, vgl. ebenfalls PHILIPP FISCHER UND ANDERE, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Straf-, Steuer- und Aufsichtsrecht, Anwaltsrevue 2015, S. 426 f.
- 6 Vorentwurf vom 1. 6. 2018, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/52579.pdf>> (besucht am 31. 8. 2018).
- 7 Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 1. 6. 2018, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/52554.pdf>> (besucht am 31. 8. 2018).

sung eröffnet. Im Folgenden werden die Vorschläge und ihre Folgen vorgestellt und in den grösseren Zusammenhang der jüngsten Entwicklungen bei der Geldwäschereibekämpfung gestellt.

II. Die Vorlage vom 1. Juni 2018 zur Revision des GwG

1. Für klassisch tätige Anwälte relevanter Teil

A) Inhalt der Vorlage

Die Vorlage sieht vor, dass neu auch Berater dem GwG unterstellt sein sollen. Als Berater sollen dabei natürliche und juristische Personen gelten, die gewerblich für Dritte gewisse Tätigkeiten vorbereiten oder ausüben, die in einem Tätigkeitenkatalog festgelegt sind (siehe Art. 2 Abs. 1 lit. c GwG-Vorentwurf):

- Gründung, Führung oder Verwaltung von (i) Gesellschaften mit Sitz im Ausland, (ii) Sitzgesellschaften mit Sitz in der Schweiz oder (iii) Trusts;
- Organisation der Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit den soeben genannten Tätigkeiten;
- Kauf oder Verkauf von Gesellschaften gemäss (i) und (ii) oben;
- Überlassung einer Adresse oder von Räumlichkeiten als Sitz für eine Gesellschaft gemäss (i) und (ii) oben oder für einen Trust;
- Ausübung der Funktion eines nominellen Anteilseigners oder Verhelfen einer anderen Person zu dieser Funktion bei Gesellschaften mit Sitz im Ausland.

Die Auswahl dieser Tätigkeiten erfolgte offenbar gestützt auf einen risikobasierten Ansatz, d. h., es wurden diejenigen Tätigkeiten aufgenommen, bei denen ein erhöhtes Risiko bestehen soll, dass sie für Geldwäschereizwecke verwendet werden.⁸

Qualifiziert sich eine Person als Berater, soll sie Sorgfaltspflichten erfüllen müssen, wie sie bereits jetzt für Finanzintermediäre gelten. Dazu sollen die Identifizierung der Vertragspartei, die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person und die Dokumentationspflicht gehören. Ebenfalls soll sie die Hintergründe und den Zweck der von den Dritten gewünschten Tätigkeit abklären müssen (Art. 8b GwG-Vorentwurf).

Für den Fall, dass ein Berater diese Sorgfaltspflichten nicht erfüllen kann, soll er die Tätigkeit ablehnen oder die Geschäftsbeziehung abbrechen müssen (Art. 8c GwG-Vorentwurf). Die Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten soll er durch ein Revisionsunternehmen prüfen lassen müssen (Art. 15 Abs. 1 GwG-Vorentwurf).

Der Berater soll die Tätigkeit ablehnen oder die Geschäftsbeziehung abbrechen müssen, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass das Geschäft im Zusammenhang mit einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB) oder Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) steht (Art. 10b GwG-Vorentwurf).

Sowohl die vorsätzliche als auch fahrlässige Verletzung der Pflicht (i) zum Abbruch bzw. zur Ablehnung einer

Geschäftsbeziehung sowie (ii) zur Beauftragung eines Revisionsunternehmens sollen mit Busse bestraft werden (bis zu CHF 500 000.– im Falle von (i), bis zu CHF 100 000.– im Falle von (ii), vgl. Art. 38 und 39 GwG-Vorentwurf).

B) Begründung des Bundesrats

Der Bundesrat führt in seinem Erläuternden Bericht vor allem zwei Umstände an, die Anlass für diese Anpassung des GwG gegeben haben. Zum einen soll die Schweizer Gesetzgebung zur Geldwäschereibekämpfung möglichst konform mit internationalen Standards ausgestaltet werden, sodass die Reputation der Schweiz und die Attraktivität ihres Finanzplatzes geschützt sind. Im Vordergrund stehen dabei die Standards und Empfehlungen der Gruppe d'action financière bzw. Financial Action Task Force (GAFI/FATF), eine der OECD angegliederte intergouvernementale Organisation zur Bekämpfung der Geldwäscherei. Da GAFI/FATF anlässlich ihres jüngsten Länderexamens Schwachstellen im Schweizer Dispositiv zur Geldwäschereibekämpfung festgestellt hat, sollen diese mit der aktuellen Vorlage behoben werden. Zum anderen soll sich aus Enthüllungen wie den Panama Papers und der Beteiligung von Juristen und Anwälten bei den dadurch aufgedeckten Vorgängen dringender Handlungsbedarf für eine Überarbeitung des GwG ergeben.⁹

Ziel der Vorlage ist es, die Verschiebung von kriminellen Aktivitäten von einer Berufsgruppe in eine andere zu verhindern. Weil die den Finanzintermediären auferlegten Sorgfaltspflichten dazu geführt haben sollen, dass Personen mit deliktischem und zu waschendem Vermögen vermehrt auf Branchen mit weniger strengen Sorgfaltspflichten ausgewichen sind, darunter die juristische bzw. anwaltliche, sollen auch Berater dem GwG unterstellt werden.¹⁰

Verworfen wurde insbesondere eine Meldepflicht für Berater, wie sie in Art. 9 GwG für Finanzintermediäre vorgesehen ist. Dies mit der Begründung, dass das Berufsgeheimnis gewahrt bleiben und das Vertrauensverhältnis zum Klienten nicht unnötig beeinträchtigt werden soll.¹¹ Dass beides auch mit dem vorliegenden Vorentwurf bewirkt und dieses Ziel verpasst wird, wird weiter unten gezeigt.

2. Für finanzintermediär tätige Anwälte relevanter Teil: Inhalt und Begründung des Bundesrats

Der Bundesrat schlägt zudem vor, das Melderecht für Finanzintermediäre gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB ersatzlos zu streichen. Dieses Melderecht sieht vor, dass Finanzintermediäre berechtigt sind, der Meldestelle für Geldwäscherei Wahrnehmungen mitzuteilen, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen stammen.

⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 9 f.

⁹ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 4 und 7 f.

¹⁰ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 8.

¹¹ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 12.

Das Melderecht stellt einen Rechtfertigungsgrund dar, der es dem Finanzintermediär erlaubt, trotz einer bestehenden Geheimhaltungspflicht seine Wahrnehmungen der Meldestelle mitzuteilen, auch wenn diese allenfalls noch keine Meldepflicht auslösen.¹²

Der Bundesrat begründet die vorgeschlagene Streichung des Melderechts damit, dass dessen Anwendungsbereich in der Zwischenzeit so eng geworden ist, dass es praktisch nutzlos geworden sei. Diese Erosion des Anwendungsbereichs sei vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zurückzuführen, welche die Meldepflicht für Finanzintermediäre gemäss Art. 9 GwG so weit ausgedehnt hat, dass mittlerweile mehr oder weniger alle Tatbestände, die früher erst ein Melderecht (aber noch keine Meldepflicht) begründeten, eine Meldepflicht auslösen. So reicht gemäss der jüngsten Rechtsprechung bereits «simple doute» aus, um eine Meldepflicht auszulösen.¹³

III. Die Vorlage als Fremdkörper im Dispositiv zur Geldwäschereibekämpfung

1. Vermögensverfügung als bewährter Anknüpfungspunkt der GwG-Unterstellung

Das Dispositiv des GwG zur Geldwäschereibekämpfung knüpft an der Möglichkeit an, über fremde Vermögenswerte verfügen zu können. In diesem Sinne sind dem GwG Finanzintermediäre unterstellt, d.h. neben Banken und anderen Anbietern von Finanzdienstleistungen (Art. 2 Abs. 2 GwG) generell Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen (Art. 2 Abs. 3 GwG). Diese Verknüpfung des persönlichen Anwendungsbereichs mit der Möglichkeit der Verfügung über fremde Vermögenswerte hat sich aus verschiedenen Gründen als sinnvoll und zweckmässig erwiesen.

So geht es bei der Geldwäscherei darum, mittels Verschiebung bemakelter Vermögenswerte Distanz zu Tat und Täter zu schaffen und so ihre Herkunft zu verschleiern. Vor allem die über Banken führenden Übertragungskanäle für Vermögenswerte wie Geld und Wertpapiere ermöglichen dies mittlerweile auch für sehr grosse Beträge höchst effizient. Der Zugang zum Bankensystem kann zudem eine zusätzliche Verschleierung bewirken, indem zwischen Täter und Bank weitere Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG (Treuhänder, Vermögensverwalter usw.) geschaltet werden, die für den Täter gegenüber den Banken auftreten und für ihn über die bemakelten Vermögenswerte verfügen. Alle Finanzintermediäre als für die Vermögensübertragung benutzte Relaisstationen haben somit immer einen konkreten Vermögenswert vor sich, der im Zusammenhang mit einer konkreten Transaktion mit Herkunft und Ziel und einem Hintergrund steht. Dies erleichtert die Erfüllung ihrer Abklärungspflichten, und sie können gegebenenfalls direkt in Vermögensübertragungen eingreifen und sie unterbinden. Finanzintermediäre wie Banken überwachen die über das Bankensystem abgewickelte Vermögensübertragungen, die weiteren Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG fungieren als Torwächter bzw.

Gatekeeper und überwachen den Zugang zum Bankensystem.¹⁴

Das Verfügen über Vermögenswerte als für die Unterstellung massgebliches Kriterium wurde dabei kontinuierlich beibehalten. Auch die letzte Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Händler bei Bargeschäften von über CHF 100 000.- (Art. 8a i. V. m. 2 Abs. 1 lit. b GwG) fügte sich in dieses Konzept ein: Wie beim Finanzintermediär nimmt auch der Händler Verfügungen an einem konkreten Vermögenswert vor.

Ebenso stimmig ist die bisherige Unterstellung von Anwälten unter das GwG. Anwälte sind nur unterstellt, soweit sie im akzessorischen (und nicht berufsspezifischen) Bereich finanzintermediär tätig sind. Der berufsspezifische Bereich ist durch das Berufsgeheimnis nach Art 321 StGB umfassend geschützt und nicht dem GwG unterstellt. Akzessorische Tätigkeiten zeichnen sich vor allem durch ihren kaufmännischen Charakter aus, d.h., sie könnten durch jede vertrauenswürdige Person erbracht werden (bspw. Bank, Treuhänder oder Vermögensverwalter).¹⁵ Beispiele für solche Tätigkeiten sind Vollmachten mit der Möglichkeit zum Verfügen über fremde Vermögenswerte, die Aufbewahrung von Vermögenswerten, einfache Escrow-Aufgaben oder die Organfunktion in einer Sitzgesellschaft.¹⁶ Davon abzugrenzen sind Tätigkeiten im Zusammenhang mit der «spezifischen beruflichen Stellung» als Anwalt, bei denen das anwaltliche Fachwissen erforderlich ist und die anwaltspezifischen Elemente die kaufmännisch-operativen objektiv überwiegen.¹⁷ Dazu gehört neben dem eigentlichen Monopolbereich, d.h. der berufsmässigen Vertretung vor Gerichten und Behörden, die auch vom Berufsgeheimnis geschützte Beratung in Rechtsfragen.¹⁸ Werden im berufsspezifischen Bereich finanzintermediäre Tätigkeiten unternommen, führt dies nicht zu einer Unterstellung unter das GwG. Diese Abgrenzung zwischen akzessorischer und berufsspezifischer Tätigkeit hat sich in einer nunmehr weitgehend klaren und gefestigten Praxis niedergeschlagen und führt zu einer Anwendung des GwG auf Anwälte, deren Tätigkeit sich derjenigen gewöhnlicher Finanzintermediäre annähert.

¹² PIETH (Fn. 3), N 38 zu Art. 305^{ter} StGB.

¹³ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 17.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, 2005, S. 22 ff.

¹⁵ BGE 112 Ib 606; BGE 115 Ia 197 E. 3d; BGE 132 II 103.

¹⁶ FINMA Rundschreiben 2011/1: Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Rz. 114–123.

¹⁷ NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 3. Aufl. 2013, N 17 zu Art. 321 StGB.

¹⁸ Vgl. bspw. §10 Anwaltsgesetz des Kantons Zürich; Urteil des Bundesgerichts 1B_85/2016 vom 20. 9. 2016 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 1B_433/2017 vom 21. 3. 2018 E. 4.2; FINMA Rundschreiben 2011/1: Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Rz. 120; GIANNINI (Fn. 14), S. 242 ff.

Und bis jetzt war auch selbstverständlich: Beratung stellt keine Finanzintermediation dar und ist nicht dem GwG unterstellt.¹⁹

2. Unangebrachte Abkehr von bisheriger Konzeption des GwG

A) Unvereinbarkeit mit GAFI-Empfehlungen²⁰

Mit der Unterstellung von Beratern unter das GwG bricht der Vorentwurf nicht nur mit der Grundkonzeption des GwG, sondern auch mit derjenigen der GAFI-Empfehlungen. So wird die Unterstellung von Beratern zwar mit Verweis auf die GAFI-Empfehlungen Nr. 22 und 23 begründet.²¹ Aber diese setzen eine Transaktion voraus.

So lautet GAFI-Empfehlung Nr. 22 (d) wie folgt: «Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants – when they prepare for or carry out transactions for their client concerning the following activities:», gefolgt von einem Tätigkeitenkatalog, der u.a. die Tätigkeiten gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c GwG-Vorentwurf umfasst.

Im gleichen Sinne setzt die Meldepflicht von GAFI-Empfehlung Nr. 23 das Tätigwerden im Hinblick auf eine Transaktion voraus: «Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants should be required to report suspicious transactions when, on behalf of or for a client, they engage in a financial transaction in relation to the activities described in paragraph (d) of Recommendation 22». Immer wird das Handeln im Hinblick auf eine Transaktion verlangt.

Der Begriff der Transaktion wird in den GAFI-Empfehlungen nicht definiert. Aus seinem einheitlichen Gebrauch ergibt sich aber, dass es sich hierbei jeweils um eine Vermögensverfügung handeln muss.

Der Vorentwurf ignoriert diese wichtige Einschränkung. Er unterstellt alle Handlungen dem GwG, die irgendwie im Zusammenhang mit einer Tätigkeit gemäss Katalog stehen. Anders die GAFI-Empfehlungen: Für sie sind nur jene Handlungen relevant, die im Zusammenhang mit einer konkreten Vermögensverfügung erbracht werden, die im Hinblick auf eine der Tätigkeiten gemäss Katalog durchgeführt wird. Diese Differenzierung ist wichtig! Indem der Vorentwurf die direkte Anknüpfung an einer Vermögensverfügung gemäss den GAFI-Empfehlungen ignoriert, unterstellt er Tätigkeiten wie Beratung, Abklärung und Erstellung von Konzepten unter das GwG, was ausdrücklich so gewollt ist.²² Die klare, bewährte und mit der Grundkonzeption des GwG stimmige Abgrenzung zwischen akzessorischer und berufsspezifischer Anwaltsstätigkeit würde somit aufgehoben und stattdessen ein wesentlicher Bereich der berufsspezifischen Anwaltstätigkeit dem GwG unterstellt werden.

B) Unklarer und ausufernder Unterstellungskatalog

Der Tätigkeitenkatalog grenzt die zu einer Unterstellung führenden Handlungen nicht sinnvoll ein, was anhand konkreter Beispiele deutlich wird. So könnten folgende Tätigkeiten zu einer Unterstellung führen [in den eckigen Klammern ist jeweils die relevante Tätigkeit von Art. 2 Abs. 1 lit. c GwG-Vorentwurf genannt]²³:

- Ausarbeitung einer Checkliste zur Gründung einer Sitzgesellschaft in der Schweiz, die nicht über das hinausgeht, was sich schon aus dem Gesetz selber ergibt [Vorbereitung von Gründung];
- Ausarbeitung oder Durchsicht eines Statutenentwurfs zur Gründung einer Sitzgesellschaft in der Schweiz [Vorbereitung von Gründung];
- Abgabe einer Auskunft zur Verjährung von Gewährleistungen bei einem Unternehmenskaufvertrag nach Schweizer Recht betreffend eine Schweizer Sitzgesellschaft [Vorbereitung von Kauf oder Verkauf von Gesellschaften];
- Due Diligence einer operativen Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, weil die an ihr beteiligte operativ tätige Gesellschaft mit Sitz im Ausland verkauft werden soll [Vorbereitung von Kauf oder Verkauf von Gesellschaften];
- Beratung bei der Nachlassplanung [Vorbereitung von Gründung];
- Begleitung einer Nachfolgeregelung bei KMU, sobald ausländische Gesellschaften als strategische Partner oder potenzielle Käufer involviert werden [Vorbereitung von Kauf oder Verkauf von Gesellschaften].

Es ist augenfällig, dass der Katalog zu einer ausufernden Unterstellung anwaltlicher Tätigkeit führen würde. Da die genannten gesellschaftsrechtlichen Tätigkeiten Allzweckinstrumente darstellen, die regelmässig auch in anderen Rechtsgebieten zur Anwendung gelangen (bspw. bei der Nachfolge- und Nachlassplanung [Erbrecht] oder Vermögensstrukturierung zwischen Ehegatten [Eherecht]), würde der Vorentwurf zur Unterstellung weitgehend aller Anwälte unter das GwG führen, ausgenommen diejenigen, die sich strikte auf Tätigkeiten ausserhalb von ZGB und OR beschränken.

C) Verletzung des Bestimmtheitsgebots

Aufgrund der soeben aufgezeigten nicht eingrenzenden Unterstellung wäre für den Berater letztlich nicht voraussehbar, welche seiner Handlungen GwG-Sorgfaltspflichten auslösen. Mithin wird das Bestimmtheitsgebot verletzt, wonach ein Rechtsunterworfenener in der Lage sein soll, die Folgen seines Handelns mit einem «den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen» zu können.²⁴ Die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten soll zudem strafrechtlich geahndet werden (Art. 38 und 39 GwG-Vorentwurf), wodurch auch der Grundsatz «nulla poena crimen,

¹⁹ Botschaft vom 17. 6. 1996 zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor, BBl 1996 III 1119; siehe für den Anlageberater Art. 2 Abs. 3 lit. f GwG e contrario.

²⁰ The FATF Recommendations 2012, <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>> (besucht am 31. 8. 2018).

²¹ GI. M. GIULIA MARIANI, L'assujettissement à la LBA des activités de conseil des avocats, in: Jusletter 30. 10. 2017, Rz. 22.

²² Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 9.

²³ Nur am Rande sei bemerkt, dass all diese Tätigkeiten durchaus unter Art. 305^{bis} StGB fallen können, wenn die dort genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

²⁴ BGE 109 Ia 273 E. 4a.

nulla poene sine lege» (Art. 1 StGB) und damit ein zentrales Element des Legalitätsprinzips verletzt wird.

IV. Die Vorlage als Gefahr für die Rolle des Anwalts in der Rechtspflege

1. Aufhebung des Berufsgeheimnisses

Das GwG berücksichtigt die Notwendigkeit und den Stellenwert des anwaltlichen Berufsgeheimnisses, welches von seiner Funktion ein «Klientengeheimnis» darstellt, in einer sorgfältigen Abwägung der involvierten Interessen durch den Gesetzgeber. So sind wie gezeigt Anwälte im berufsspezifischen Tätigkeitsbereich dem GwG nicht unterstellt, was dem Schutz des rechtssuchenden Publikums und damit dem Funktionieren des modernen Rechtsstaates dient. Im akzessorischen Bereich sind sie es zwar und müssen sie sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen (Art. 14 Abs. 3 GwG), zur Wahrung des Berufsgeheimnisses dürfen die damit verbundenen Kontrollen jedoch ausschliesslich durch Anwälte durchgeführt werden (Art. 18 Abs. 3 GwG). Damit wird die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung wirksam gestärkt, dies – wie zu Beginn des Beitrages ausgeführt – zusammen mit der auch für Anwälte in allen Tätigkeitsbereichen anwendbaren Bestimmung von Art. 305^{bis} StGB.

Dagegen soll gemäss Vorentwurf die berufsspezifische Anwaltstätigkeit nicht nur dem GwG unterstellt werden, sondern die Einhaltung der Sorgfaltspflichten soll durch ein Revisionsunternehmen überprüft werden müssen (Art. 15 Abs. 1 GwG-Vorentwurf), wobei dem Revisionsunternehmen alle für die Prüfung erforderlichen Auskünfte erteilt und ihm die nötigen Unterlagen herausgegeben werden müssen (Art. 15 Abs. 3 GwG-Vorentwurf). Eine materielle Prüfung der Tätigkeit des Anwalts setzt eine umfassende Einsichtnahme in die unterstellten Dossiers voraus. Nur so kann die Einhaltung der entsprechenden neuen Pflichten geprüft werden. Damit verbunden ist naturgemäss und unvermeidbar, dass die einschlägigen Informationen dem Revisionsunternehmen zugänglich zu machen sind. Das anwaltliche Berufsgeheimnis und die dadurch grundsätzlich zu schützenden Klienteninteressen wären dadurch in schwerwiegender Weise beeinträchtigt. Darüber hinaus hat das Revisionsunternehmen eine Anzeigepflicht an das Eidgenössische Finanzdepartement, wenn es Pflichtverletzungen des Beraters feststellt oder hierzu einen begründeten Verdacht hat (Art. 15 Abs. 6 GwG-Vorentwurf).

Diese Prüfpflicht führt ausserdem zu einem eklatanten Widerspruch zum aktuellen GwG. Gemäss Vorentwurf soll im berufsspezifischen Bereich einem Revisionsunternehmen und damit einer nicht dem anwaltlichen Berufsgeheimnis unterstehenden Person umfassende Kenntnis über die dem Berufsgeheimnis unterliegenden Dossiers und die darin enthaltenen Informationen verschafft werden, während im akzessorischen Bereich gemäss geltendem GwG Kontrollen nur durch Anwälte zulässig sind. Dem Berufsgeheimnis wird somit im akzessorischen Bereich mehr Sorge getragen, als es im berufsspezifischen Bereich der Fall sein

soll. Hier kann von einer sorgfältigen und weitsichtigen Abwägung aller Interessen nicht mehr die Rede sein.

2. Beeinträchtigung des Klientenverhältnisses

Das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient zeichnet sich durch ein besonderes Vertrauensverhältnis aus. Der Anwalt ist darauf angewiesen, dass ihm der Klient vertraut und ihn umfassend über diejenigen Umstände informiert, die für die Beurteilung der sich stellenden Fragen relevant sind.²⁵ Die Sorgfaltspflichten gemäss Vorentwurf würden den Anwalt zu einer eigentlichen Ausforschung seines Klienten zwingen. Das dadurch zum Ausdruck kommende Misstrauen würde das Vertrauensverhältnis erschüttern. Umso mehr, wenn dem Klienten auch noch mitgeteilt wird, dass andernfalls die Geschäftsbeziehung abgebrochen wird.

Dies wird noch dadurch akzentuiert, dass die Rechtsprechung die Aufgriffsschwelle laufend gesenkt hat. Im Zusammenhang mit der Meldepflicht nach Art. 9 GwG reicht inzwischen ein einfacher Zweifel aus («simple doute»), um diese auszulösen.²⁶ Nun muss der Berater zwar keine Meldung nach Art. 9 GwG machen. Aber da das Kriterium, das die Meldepflicht bzw. Pflicht zu einer Ablehnung bzw. einem Abbruch der Geschäftsbeziehung auslöst, dasselbe ist (Wissen oder begründeter Verdacht), ist davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung hier ebenfalls zur Anwendung gelangen würde. Das Mandat würde daher auf äusserst fragiler Grundlage stehen, die durch «simple doute» zum Einsturz gebracht würde.

3. Einschränkung des Zugangs zur Rechtsberatung

Der Vorentwurf übernimmt ein auf Finanzintermediäre zugeschnittenes Konzept und will es tel quel auf juristische Berater anwenden. Aus praktischer Sicht verkennt dies die wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Branchen. Die finanzintermediäre Branche ist durch die grossen und sehr grossen Marktteilnehmer geprägt und zeichnet sich durch ein skalierbares Geschäftsmodell aus. Demgegenüber besteht die Anwaltsbranche immer noch vor allem aus Klein- und Kleinstkanzleien. Zudem ist die Anwaltstätigkeit nicht skalierbar, da der von einem Anwalt erzielbare Umsatz immer durch die ihm zur Verfügung stehende Zeit begrenzt ist. Die mit den vorgeschlagenen Sorgfaltspflichten verbundenen Kosten würden daher bei Anwälten anteilmässig deutlich mehr ins Gewicht fallen als bei Finanzintermediären (wobei diese Kosten auch bei kleineren Finanzintermediären bereits

²⁵ 112 Ib 606; BGE 114 III 105 E. 3a.

²⁶ Urteile des Bundesgerichts 4A_313/2008 vom 27. 11. 2008 E. 4.2.2.3 und 1B_433/2017 vom 21. 3. 2018 E. 4.9. Kritisch hierzu: MATTHIAS KUSTER: Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305^{ter} StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter 26. 6. 2017, Rz. 28 ff.; SYLVAIN MATTHEY, La communication de soupçons au MROS: du droit à l'obligation, SZW 2018, S. 130. Offen ist, ob es angesichts der kaum kontrollierbaren Auswirkungen bei dieser Rechtsprechung bleibt.

kritisch werden). Die Folge wäre entweder ein Verzicht auf das Anbieten der entsprechenden Dienstleistungen oder die Verteuerung ihrer Inanspruchnahme. Zu erwarten ist sodann auch die im Bankenbereich bekannte Formularflut und Verkomplizierung der Klientenbeziehung. Alles in allem ist mit einem erschwerten Zugang zur Rechtsberatung zu rechnen.

Und zuletzt muss auch erwähnt werden, dass die tiefe Schwelle («simple doute»), die zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehung verpflichtet, zusammen mit der Strafsanktion im Verletzungsfall im bisweilen konfrontatorisch geprägten Umfeld, in dem anwaltliche Tätigkeit erbracht wird, Anreiz dazu geben kann, mittels Säen von Zweifeln zu versuchen, einen unliebsamen Gegenanwalt rauszukegeln.

V. Bedarf nach einem Melderecht

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Meldepflicht nach Art. 9 GwG hat die Schwelle für eine Meldepflicht kontinuierlich gesenkt. Diese Entwicklung fand ihren vorläufigen Schlusspunkt in der Feststellung, dass ein blosser Zweifel («simple doute») an der Rechtmässigkeit der involvierten Vermögenswerte eine Meldepflicht auslöst.²⁷ Angesichts dieser Rechtsprechung hält der Bundesrat ein Festhalten am Melderecht nach Art. 305^{ter} StGB als überholt und will dieses daher streichen.²⁸ Da Art. 305^{ter} StGB aber weiterhin eine wichtige Funktion als Rechtfertigungstatbestand ausübt, ist am Melderecht festzuhalten.

So wurde durch das Absenken der Meldeschwelle der ausserhalb der Meldepflicht stehende Bereich zwar verkleinert, aber nicht beseitigt. Im konkreten Fall muss der Finanzintermediär jeweils immer noch einen Entscheid fällen, ob er seine Geheimhaltungspflicht oder seine Meldepflicht nach Art. 9 GwG erfüllen muss. Es ist mittlerweile zwar eher von einer Meldepflicht auszugehen, Abgrenzungsfragen bleiben aber bestehen, und das Melderecht auslösende Tatbestände sind denkbar.²⁹ Auch handelt es sich beim Kriterium «simple doute» um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der keine trennscharfe Abgrenzung zwischen Geheimhaltungspflicht und Meldepflicht erlaubt

und somit Fragen offenlässt. Der Zweck des Melderechts, nämlich einen unterschwelligen Rechtfertigungsgrund zu bieten, bleibt daher bestehen.

Sodann stiess die zitierte Rechtsprechung auf erhebliche Kritik.³⁰ Es ist daher nicht ausgeschlossen und käme nicht überraschend, wenn hier zukünftig eine Korrektur erfolgen würde. Auch angesichts dessen ist eine übereilte Streichung des Melderechts unangebracht.

VI. Schlussbemerkung

Dem Vorentwurf liegen zwei wesentliche Defizite zugrunde. Zum einen die Fehlüberlegung, dass Anwälte sich um Fragen der Geldwäscherei frotieren können, ohne Konsequenzen gewärtigen zu müssen. Dass dem nicht so ist, wurde einleitend aufgezeigt: Art. 305^{bis} StGB gilt auch für Anwälte, auch für beratende Tätigkeiten und auch für das Errichten von gesellschaftsrechtlichen Strukturen.³¹ Zum anderen die Unverhältnismässigkeit der vorgeschlagenen Massnahmen. Zwar mögen sie zusätzlich zu Art. 305^{bis} StGB das in den Panama Papers angeprangerte Verhalten abdecken. Darüber hinaus wird aber ein ausufernder Bereich anwaltlicher Tätigkeit aus einer Vielzahl von Rechtsgebieten mit in den Anwendungsbereich des Vorentwurfs gezogen, wodurch faktisch ein Grossteil der klassischen Anwaltstätigkeit dem GwG unterstellt würde, mit schwerwiegenden Folgen für die Tätigkeiten von Anwälten und ihre institutionelle Funktion in der Rechtspflege sowie für die Klientschaft, welche letztlich im immer komplexer werdenden Umfeld auf Beratung und Vertretung angewiesen ist.

²⁷ Urteile des Bundesgerichts 4A_313/2008 vom 27.11.2008 E. 4.2.2.3 und 1B_433/2017 vom 21.3.2018 E. 4.9.

²⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 17.

²⁹ PIETH (Fn. 3), N 46 zu Art. 305^{ter} StGB.

³⁰ Vgl. Hinweise in Fn. 26 und ROLAND LUCHSINGER, in Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz, 2017, N 17 zu Art. 9 GwG.

³¹ FISCHER UND ANDERE (Fn. 5), S. 429.

Verkaufen Sie Ihr Grundstück?

Rufen Sie uns an. +41 55 410 26 26

Wir suchen laufend Wohnbauland für Mehrfamilienhäuser



SPEH + PARTNER
GRUNDSTÜCKE

Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht

Dissertationen aus dem öffentlichen, kollektiven
und vertraglichen Arbeitsrecht.

www.staempfliverlag.com