

# ANWÄLTE IM GwG-SCHLEPPNETZ – BERUFSGEHEIMNIS ALS BEIFANG

## PETER LUTZ

RA, Dr. iur., LL. M., Partner bei Lutz Partner Rechtsanwälte AG<sup>1</sup>

## MARTIN KERN

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

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

Die GwG-Revision will Berater und damit auch Anwälte dem GwG unterstellen, selbst wenn sie rein beratend tätig sind und keine Finanztransaktionen für Klienten ausführen. Der umfassende und unklar abgegrenzte Anwendungsbereich führt zu einer ausufernden Unterstellung wirtschaftsrechtlich tätiger Anwälte, ohne klare Abgrenzung zu nicht unterstellungspflichtigen Tätigkeiten. Die vorgesehene Prüfpflicht durch ein Revisionsunternehmen führt zu einer Aufhebung des Berufsgeheimnisses. Alles in allem werden wesentliche Grundlagen anwaltlichen Tätigseins infrage gestellt.

## I. Der Stand der jüngsten GwG-Revision

Bereits seit einigen Jahren befindet sich das Schweizer Dispositiv zur Geldwäschereibekämpfung in einem fortlaufenden Umbau. Ein massgeblicher Treiber für diese Entwicklung war und ist die Groupe d'action financière/ Financial Action Task Force (GAFI/FATF), eine der OECD angegliederte intergouvernementale Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung.<sup>2</sup> Aus den GAFI/FATF-Empfehlungen<sup>3</sup> und den Ergebnissen der regelmässigen GAFI/FATF-Länderinspektionen<sup>4</sup> bezog der Schweizer Gesetzgeber wiederholt Impulse für Gesetzesanpassungen. Das aktuellste auf solche Weise angestossene Projekt hat zum Ziel, den Kreis der dem Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) unterstellten Personen markant auszuweiten, sodass neu auch Berater und Beraterinnen – darunter auch Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen sowie Notare und Notarinnen<sup>5</sup> – den GwG-Pflichten unterstellt werden sollen, ohne dass sie eine finanzintermediäre oder anderweitig vermögenswertbezogene Tätigkeit ausüben müssen. Dieser Artikel gibt einen Überblick über den Stand dieser Gesetzesrevision und eine Beurteilung ihrer Folgen.

Der Gesetzgebungsprozess wurde am 1.6.2018 angestossen mit der Veröffentlichung des Vorentwurfs und dazugehörigen Erläuternden Berichts.<sup>6</sup> Neben Anpassungen des GwG sah er ebenfalls Anpassungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vor. Für die diesbezügliche Einschätzung verweisen wir auf unseren dannzumal erschienenen Beitrag.<sup>7</sup>

Am 26.6.2019 wurden der Gesetzesentwurf<sup>8</sup> und die dazugehörige Botschaft<sup>9</sup> veröffentlicht. Gegenüber dem Vorentwurf ergaben sich ein paar Änderungen, wenngleich in Bezug auf das GwG keine, die den im Vernehmlassungsverfahren vorgebrachten wesentlichen Bedenken Rechnung getragen hätten. So sieht vor allem auch der Gesetzesentwurf weiterhin eine Unterstellung der berufsspezifischen anwaltlichen Tätigkeit unter das GwG vor.

- 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 GAFI/FATF, <<https://www.fatf-gafi.org>> (besucht am 26.9.2019).
- 3 The FATF Recommendations 2012, <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>> (besucht am 26.9.2019).
- 4 Vierter Länderbericht zur Schweiz: Measures to combat money laundering and the financing of terrorism and proliferation in Switzerland <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-switzerland-2016.html>> (besucht am 26.09.2019).
- 5 Die nachfolgenden Ausführungen gelten selbstverständlich auch mutatis mutandis für Notare und Notarinnen, die ebenfalls dem Berufsgeheimnis unterstehen. Die Ausführungen konzentrieren sich auf Anwälte und Anwältinnen, wobei der Einfachheit halber von Anwälten die Rede ist.
- 6 Vorentwurf und Erläuternder Bericht vom 1.6.2018, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-70973.html>> (abgerufen am 26.9.2019).
- 7 PETER LUTZ/MARTIN KERN, GwG-Revision: Einfluss auf das Berufsgeheimnis, Anwaltsrevue 2018, S. 367 ff.
- 8 BBl 2019 5555 ff.
- 9 BBl 2019 5451 ff.

Hingegen wird im StGB-Teil nunmehr immerhin von der Streichung des Melderechts gemäss Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB abgesehen.

## II. Beurteilung des GwG-Entwurfs vom 26. Juni 2019

Die nachfolgende Würdigung des Gesetzesentwurfs folgt der Reihenfolge der betroffenen Gesetzesartikel und beschränkt sich auf diejenigen, die für die anwaltliche Tätigkeit von unmittelbarer Bedeutung sind und wo sich gegenüber dem Vorentwurf wesentliche neue Erkenntnisse ergeben. Wie die letzten Revisionen in diesem Bereich zeichnet sich auch diese leider durch teilweise nicht zu Ende gedachte, zumindest unklare Regelungen aus. Gezwungenermassen muss sich dieser Beitrag daher auf das Herausstreichen von Schwierigkeiten beschränken, ohne bereits Klärung zu schaffen.

### 1. Unterstellung von Beratern (Art. 2 Abs. 1 Bst. c Entwurf-GwG)

Art. 2 Abs. 1 Bst. c Vorentwurf-GwG sah eine Unterstellung von Beratern unter das GwG vor, wenn sie im Hinblick auf bestimmte Rechtsträger eine im dort enthaltenen Tätigkeitenkatalog aufgelistete Tätigkeit (Gründung, Führung, Verwaltung, Organisation der Mittelbeschaffung, Kauf und Verkauf, Bereitstellung von Adressen, nachfolgend als die Katalogtätigkeiten bezeichnet) vorbereiten oder ausüben. Der Entwurf geht weiterhin vom selben Konzept aus und sieht eine Unterstellung von Beratern unter das GwG vor, jedoch mit einem nunmehr etwas kleineren Anwendungsbereich. Zum einen wurden die Rechtsträger weiter eingegrenzt, sodass nur noch (i) Sitzgesellschaften mit Sitz im Ausland oder in der Schweiz und (ii) Trusts relevant sein sollen (nicht mehr relevant sein sollen demnach alle anderen Gesellschaften, insbesondere operativ tätige Gesellschaften mit Sitz im Ausland, womit einem Anliegen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens Rechnung getragen wurde). Zum anderen soll nicht mehr das Vorbereiten oder Ausüben der Katalogtätigkeiten relevant sein, sondern das Vorbereiten oder Ausüben von Geschäften im Zusammenhang mit Katalogtätigkeiten. Was mit «Geschäft» gemeint ist, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch der Botschaft. Ausdrücklich sind damit aber nicht nur Finanztransaktionen gemeint.<sup>10</sup>

Es ist erfreulich, dass Beratung im Hinblick auf operativ tätige Gesellschaften für eine GwG-Unterstellung nicht mehr relevant sein soll. Der der Geldwäschereibekämpfung zugrunde liegende risikobasierte Ansatz findet so ein wenig mehr Berücksichtigung. Im Übrigen bleiben jedoch die beim Vorentwurf erkannten Probleme bestehen, namentlich der ausufernde und nicht sinnvoll abgrenzbare Anwendungsbereich.

#### A) Umfassende und unklar abgegrenzte GwG-Unterstellung von Beratern

Gemäss Entwurf und Materialien soll die zu einer GwG-Unterstellung führende Beratung sehr weit zu verstehen

sein. «Hinweise zur Gesetzesauslegung im Bereich der Gründung, Führung oder Verwaltung von Gesellschaften» sollen hierfür bereits genügen.<sup>11</sup> Dazu gehören sicher Auskünfte zum Gesellschaftsrecht. Aufgrund dieses sehr weiten Verständnisses muss aber davon ausgegangen werden, dass auch Auskünfte zu sämtlichen Rechtsgebieten, mit denen eine Sitzgesellschaft im Zusammenhang mit ihrer Führung oder Verwaltung in Kontakt kommt, zu einer Unterstellung führen sollen.

So sind unter Führung die Geschäftsleitungsaufgaben und unter Verwaltung die Aufgaben des Verwaltungsrats zu verstehen.<sup>12</sup> Da gemäss Botschaft Geschäfte nicht auf Finanztransaktionen beschränkt sind, kommt im Grunde jede Beratung im Hinblick auf Tätigkeiten der Geschäftsleitung bzw. Verwaltung für eine GwG-Unterstellung infrage.<sup>13</sup> Ob und, falls ja, wo eine Abgrenzung zu machen ist, erschliesst sich weder aus Gesetz noch aus Materialien. Daraus müsste geschlossen werden, dass bspw. folgende Tätigkeiten für eine Sitzgesellschaft zu einer GwG-Unterstellung führen würden:

- Beratung im Hinblick auf rein gesellschaftsrechtliche Geschäfte wie Vorbereitung von Verwaltungsratssitzungen und Generalversammlungen, Ausarbeitung von Organisationsreglementen, Anmeldungen beim Handelsregister usw.
- Beratung im Hinblick auf Rechtsgeschäfte ausserhalb des Gesellschaftsrechts wie Mietverträge, Arbeitsverträge, Aufträge oder ähnliche Geschäfte.
- Beratung im Hinblick auf Erwerbsgeschäfte bspw. betreffend Immaterialgüterrechte, Grundstücke und Beteiligungen. Zu denken ist bspw. an die Durchführung der Due Diligence, Begleitung der Vertragsverhandlungen, Ausarbeitung der Vertragsunterlagen, Abklärungen zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland usw.
- Beratung im Hinblick auf den Kauf und Verkauf von Sitzgesellschaften. Hier ist freilich unklar, wann ein Kauf oder Verkauf vorliegen soll. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Bst. c Entwurf-GwG setzt den Kauf bzw. Verkauf sämtlicher Beteiligungsrechte voraus («Kauf und Verkauf von Sitzgesellschaften» und nicht «Kauf und Verkauf von Beteiligungen an Sitzgesellschaften»). Da bekanntermassen die Geldwäschereiregularien nicht nahe am Wortlaut ausgelegt werden, kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass auch der Kauf und Verkauf von weniger als allen Beteiligungsrechten gemeint sein könnte. Dann bliebe wiederum unklar, welcher Schwellenwert eine Unterstellung auslöst. Die gleiche Fragestellung ergibt sich bei anderen Übertragungsformen

<sup>10</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5466 f. mit Verweis auf die entsprechende Wortbedeutung bei GAFI/FATF.

<sup>11</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5505 e contrario: Ausgenommen sollen solche Hinweise nur dann sein, wenn sie von öffentlich-rechtlich angestellten Personen erteilt werden.

<sup>12</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5506.

<sup>13</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5466 f.

(Übertragungen nach Fusionsgesetz, Schenkungen, Nutznissungen usw.). Ebenfalls unklar ist, ob auch ein indirekter Kauf bzw. Verkauf relevant sein soll. Erneut ist dies vom Wortlaut zu verneinen, kann aber aufgrund der ausdehnenden Auslegung im GwG-Bereich nicht ausgeschlossen werden. Die Folge wäre, dass Beratung beim Verkauf einer operativen Gesellschaft, an der indirekt mindestens eine Sitzgesellschaft hängt, ebenfalls zu einer GwG-Unterstellung führen könnte. Unseres Erachtens würde diese Betrachtungsweise aber zu weit gehen, da bei dieser Struktur die beherrschende Gesellschaft ja ein operativ tätiges Unternehmen ist.

Alles in allem führt dieser umfassende Unterstellungstatbestand dazu, dass mehr oder weniger jede Beratung, die auch nur einen mittelbaren oder indirekten Bezug zu einer Sitzgesellschaft hat, zu einer GwG-Unterstellung führen kann. Gleichzeitig sind die Grenzen für eine Unterstellung nicht klar. Es wird in der Praxis nicht voraussehbar sein, wann ein Unterstellungstatbestand wirklich erfüllt ist und wann nicht.

#### B) Probleme für die Beratungspraxis

Der Gesetzesentwurf stellt den Berater auch vor einige ganz praktische Probleme:

- Berater werden von ihren Klienten oft um allgemeine Auskünfte angegangen («Wie werden eigentlich Dividenden einer Sitzgesellschaft in Zürich besteuert?»). Eine solche Anfrage soll bereits zu einer GwG-Unterstellung führen, da nur die allererste Kontaktaufnahme ausgenommen sein soll: «Nicht unter den Begriff des Vorbereitens soll jedoch ein erster Austausch mit einer Kundin oder einem Kunden fallen, bei dem bspw. das Anliegen, mögliche Leistungen sowie gegebenenfalls die Kostenfolgen geklärt werden. Alle unentgeltlichen Leistungen im Vorbereitungsstadium sollen nicht vom Geltungsbereich erfasst werden.»<sup>14</sup> Raum für unterstellungsfreie bezahlte Auskünfte ist so kaum mehr gegeben, sobald ein Bezug zum Geschäft einer Sitzgesellschaft besteht.
- Was ist zu tun, wenn ein Bezug zu einer Gesellschaft nicht erkennbar ist? Zur Sitzgesellschaft wird eine Gesellschaft ja erst durch ihre tatsächliche Tätigkeit. Muss sich der Berater die Tätigkeit der Gesellschaft beschreiben und zusichern lassen? Da ausserdem die Beratung im Zusammenhang mit Holding- und Subholdinggesellschaften, die tatsächlich Leitungs- und Kontrollmöglichkeiten ausüben, wiederum nicht zu einer Unterstellung führen soll<sup>15</sup>, würde dies immer eine aufwendige Ausforschung voraussetzen.

#### C) Missbrauch als vom Gesetzgeber unterstellter Gebrauch von Sitzgesellschaften

Für eine Unterstellung relevant sollen nur noch Tätigkeiten im Hinblick auf Sitzgesellschaften sein (neben Trusts, die an dieser Stelle aber nicht mehr weiter behandelt werden). Klar in den Vordergrund gestellt wird dabei ihre missbräuchliche Verwendung. Entsprechend heisst es in der

Botschaft: «Sitzgesellschaften werden in erster Linie dazu verwendet, Vermögens- oder Sachwerte zu halten oder zu verwalten. Sie werden des Weiteren regelmässig zur Errichtung von komplexen Gesellschaftsstrukturen genutzt. Die Verwendung einer Sitzgesellschaft ermöglicht dem Eigentümer von Vermögenswerten eine gewisse Anonymität. Dieser hat die Möglichkeit, aufgrund der Nutzung einer Sitzgesellschaft bspw. im Zusammenhang mit Kontoverbindungen oder beim Abschluss von Geschäften nicht mit seinem eigenen Namen, sondern mit dem Namen der Sitzgesellschaft aufzutreten, an der er wirtschaftlich berechtigt ist. Werden zusätzlich komplexe Gesellschaftsstrukturen genutzt, so wird die Transparenz weiter verringert. Aus diesen Gründen ist bei Sitzgesellschaften im Vergleich zu operativ tätigen Instituten von einem erhöhten Risiko auszugehen.»<sup>16</sup> Die Botschaft geht von einer einseitigen Betrachtungsweise betreffend die Verwendung von Sitzgesellschaften aus. Im Vordergrund steht ihre Verwendung für verpönte Zwecke.

Völlig ausser Acht gelassen wird dagegen die gesamtwirtschaftlich viel bedeutungsvollere Anzahl von Sitzgesellschaften, die im Rahmen von operativ tätigen Konzernen eingesetzt werden. Zahlreiche international, aber auch national tätige Unternehmen nutzen Sitzgesellschaften, um z.B. Beteiligungen zusammenzufassen (Holding oder Subholding), einen Cash Pool zu bilden, Immaterialgüterrechte zu halten, die Interessen in einem anderen Land zu bündeln, wirtschaftliche Risiken einzuschränken usw. Indem die missbräuchliche Verwendung von Sitzgesellschaften ihre Verwendung gesamthaft bemakeln soll, wird es keinen Konzern oder (auch kleinere) Unternehmensgruppe mehr geben, deren Beratung nicht zur GwG-Unterstellung der involvierten Anwälte führt.

Dies gilt auch bereits dann, wenn es erst darum geht, den Einsatz von Sitzgesellschaften zu prüfen. So soll schon die Ausarbeitung von Konzepten zu einer Unterstellung führen.<sup>17</sup> Ein Konzept, das eine Sitzgesellschaft enthält, soll demnach zu einer GwG-Unterstellung führen, ein Konzept ohne Sitzgesellschaft hingegen nicht, letzteres aber dann möglicherweise wiederum schon, sobald der Einbezug einer Sitzgesellschaft in Erwägung gezogen wird. Unklar ist, wie detailliert bzw. konkret das Konzept bzw. dessen Umsetzung für eine GwG-Unterstellung sein muss und ob bereits die Überprüfung einer Gruppenstruktur, die Sitzgesellschaften enthält, dafür genügt.

#### 2. *Intermezzo: Worin liegt die Gefahr eines umfassenden und unklaren Anwendungsbereichs?*

Wie gezeigt geht der Entwurf von einem äusserst weit gefassten Kreis unterstellungspflichtiger Tätigkeiten aus und grenzt diesen Kreis nicht klar ab. Von daher ist jede wirt-

<sup>14</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5505.

<sup>15</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5505 mit Verweis auf Art. 2 Bst. a GwV-FINMA.

<sup>16</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5469.

<sup>17</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5468 und 5505.

schaftsrechtlich ausgerichtete Anwaltstätigkeit potenziell betroffen. Dabei ist dies im weitesten Sinne zu verstehen, da der Entwurf eben nicht nur vorsieht, Beratung zu unterstellen, die unmittelbar den Einsatz von Sitzgesellschaften betrifft, sondern Beratung zu jedem Geschäft, an dem eine Sitzgesellschaft beteiligt ist. Wer Klientenschaft berät, die in irgendeiner Form, direkt oder indirekt, unmittelbar oder mittelbar, mit Sitzgesellschaften operiert, muss erwarten, dem GwG zu unterstehen.

Zusätzlich zu diesem weit gefassten Anwendungsbe- reich ist wie ebenfalls gezeigt unklar, wo die Grenzen der Unterstellungspflicht liegen. Diese werden irgendwo zwischen nahe am und fern vom Wortlaut sein. Die Erfahrung zum GwG lehrt, dass eine voraussehbare und nahe am Wortlaut liegende Rechtsanwendung nicht gewährleistet sein wird. Tagesaktuelle Stimmungen in lokalen und globalen Gremien werden in der Rechtsanwendung der Behörden und Gerichte reflektiert, freilich in nicht voraussehbarer Weise.

Die Verletzung einzelner Sorgfaltspflichten soll strafbewehrt sein. Der Anwalt wird daher gut beraten sein, in den sauren Apfel zu beissen und die Sorgfaltspflichten grosszügig einzuhalten, will er sich nicht dem Risiko einer Bestrafung aussetzen, auch wenn dies dem Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* widerspricht. Im Regelfall ist es nur (aber immerhin) eine Kostenfrage. Allenfalls belastet es das Klientenverhältnis.

Um keine Kostenfrage handelt es sich hingegen bei der Aufhebung des Berufsgeheimnisses (siehe hierzu Ziff. 5). Im dem GwG unterstellten Bereich soll das Berufsgeheimnis aufgeboben sein, im nicht unterstellten Bereich hingegen nicht. Irrt sich der Anwalt und offenbart er eine nur vermeintlicherweise dem GwG unterstellte Beratung, verletzt er sein Berufsgeheimnis. Aufgrund des höchst unklar abgegrenzten Anwendungsbereichs werden solche Vorfälle mit all ihren negativen Folgen kaum zu vermeiden sein.

### 3. *Sorgfaltspflichten (Art. 8a Entwurf-GwG)*

Der Gesetzesentwurf hält an den Sorgfaltspflichten für Berater fest. Diese sollen demnach (i) ihre Vertragspartei identifizieren, (ii) die wirtschaftlich berechnete Person feststellen und (iii) den Hintergrund und Zweck des Geschäfts abklären müssen.

Die (i) Identifikation der Vertragspartei erscheint unproblematisch, da dies Anwälte bei der Abklärung von Interessenkonflikten sowieso bereits tun müssen.

Die (ii) Feststellung der wirtschaftlichen Berechnung und (iii) Abklärung des Zwecks und Hintergrunds lassen in der praktischen Anwendung Schwierigkeiten erwarten. Zum einen belastet die damit verbundene Nach- und Ausforschung das Vertrauensverhältnis zum Klienten und stellt dadurch die Grundlage für die anwaltliche Geschäftsbeziehung infrage. Zum anderen ist unklar, wie (ii) und (iii) bei reiner Beratung überhaupt erfolgen sollen:

- Die Ausarbeitung von Konzepten soll zu einer GwG-Unterstellung führen können. Wer ist aber an einem Konzept wirtschaftlich berechnete?

- Was gilt, wenn die Erarbeitung des Konzeptes zuerst nur auf Grobangaben erfolgt (bspw. «Machen Sie einen ersten sinnvollen Vorschlag für zwei Beteiligungen an operativ tätigen Gesellschaften mit Sitz in Bern, einer Gewerbeliegenschaft in Schaffhausen und einer Wohnliegenschaft in Zürich» oder «Wie sind Inhaberaktien einer Gesellschaft nach Schweizer Recht auf eine Stiftung mit Sitz in Luxemburg zu übertragen?»)? Darf der Berater erst tätig werden, wenn der Kunde offenlegt, um welche Gesellschaften und Gegenstände es konkret geht und wer daran wirtschaftlich berechnete ist?

Es wird deutlich, welche Probleme entstehen, weil vom bewährten Grundkonzept des GwG abgewichen wird, wonach die GwG-Unterstellung das «Berühren und Verfügenkönnen» von bzw. über Vermögenswerten voraussetzt. Wer an konkreten Vermögenswerten wirtschaftlich berechnete ist, ist ziemlich gut feststellbar. Wer aber an der Vorbereitung von Geschäften wirtschaftlich berechnete sein soll, ist oft gar nicht feststellbar (und stellt per se auch kein Risiko dar, das nicht durch die bestehenden Regeln abgefangen werden kann).

### 4. *Meldepflicht (Art. 9 Entwurf-GwG)*

Der Vorentwurf sah keine Pflicht des Beraters vor, einen Geldwäschereverdacht zu melden. Demgegenüber sieht der Entwurf eine Meldepflicht vor. Demnach muss ein Berater der MROS eine Meldung machen, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass das von ihm vorbereitete oder ausgeführte Geschäft im Zusammenhang steht mit Vermögenswerten, die nach GwG einen Verdachtsfall darstellen. Ein Vorbehalt wird jedoch für die anwaltliche Tätigkeit gemacht. So sollen Anwälte in zwei Fällen von der Meldepflicht ausgenommen sein: zum einen, (i) wenn ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis untersteht, also wenn eine konkrete Tätigkeit berufsspezifische (und nicht akzessorische) Anwaltstätigkeit darstellt, zum anderen, (ii) wenn eine konkrete Tätigkeit zwar nicht berufsspezifische (sondern eben akzessorische) Anwaltstätigkeit darstellt, im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit der Anwalt aber keine Finanztransaktion im Namen oder auf Rechnung einer Kundin ausführt. Mithin hat der Anwalt nur dann eine Meldepflicht, wenn er im akzessorischen Bereich eine Finanztransaktion für die Kundin ausübt.

Diese Abgrenzung ist zu begrüssen, vor allem auch, weil sie mit den GAFI/FATF-Empfehlungen übereinstimmt, die im Geltungsbereich des Berufsgeheimnisses keine Meldepflicht fordern: «Lawyers, notaries, other independent legal professionals, and accountants acting as independent legal professionals, are not required to report suspicious transactions if the relevant information was obtained in circumstances where they are subject to professional secrecy or legal professional privilege.»<sup>18</sup>

<sup>18</sup> The FATF Recommendations 2012 (Fn. 3), S. 85.

### 5. Prüfpflicht (Art. 15 Entwurf-GwG)

Wie der Vorentwurf sieht auch der Entwurf vor, dass Berater ein Revisionsunternehmen damit beauftragen müssen, zu prüfen, ob sie ihre GwG-Sorgfaltspflichten einhalten, wobei der Berater dem Revisionsunternehmen alle für die Prüfung erforderlichen Auskünfte erteilen und nötigen Unterlagen herausgeben muss.

Für die diesbezügliche Folgenabschätzung muss etwas ausgeholt werden. Die Anwaltstätigkeit kann unterteilt werden in berufsspezifische und akzessorische Tätigkeit. Die akzessorische Tätigkeit umfasst diejenigen Handlungen, die zwar von einem Anwalt vorgenommen werden, wozu aber genauso gut jede vertrauenswürdige Person (bspw. Treuhänder) beigezogen werden könnte. Die berufsspezifische Tätigkeit umfasst die typische anwaltliche Tätigkeit, bei der das juristische Element im Vordergrund steht, wozu der Monopolbereich (Vertretung von Personen vor Gericht und Behörden) gehört, darüber hinaus aber generell und gemäss Lehre und Rechtsprechung unbestritten die anwaltliche Beratungstätigkeit. Das anwaltliche Berufsgeheimnis im berufsspezifischen Bereich ist in jedem Fall geschützt, auch wenn der Anwalt finanzintermediäre Tätigkeiten ausübt. Insbesondere hat der Anwalt hier keine Meldepflicht nach Art. 9 GwG. Im akzessorischen Tätigkeitsbereich dagegen gilt das Berufsgeheimnis für finanzintermediäre Tätigkeiten nicht, und der Anwalt hat eine Meldepflicht nach Art. 9 GwG.<sup>19</sup>

Die berufsspezifische Anwaltstätigkeit soll jetzt unterteilt werden, und zwar in einen Teil, der eine Unterstellung unter das GwG auslöst (Beratung gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c Entwurf-GwG), und einen, der dies nicht tut (Beratung ausserhalb von Art. 2 Abs. 1 Bst. c Entwurf-GwG). Soweit eine berufsspezifische Anwaltstätigkeit dem GwG unterstellt ist, wird das Berufsgeheimnis im Rahmen der Prüfpflicht aufgehoben: Dem Revisionsunternehmen müssen alle für die Prüfung erforderlichen Auskünfte erteilt und nötigen Unterlagen herausgegeben werden. Es soll somit eine berufsspezifische Anwaltstätigkeit geben, die dem Berufsgeheimnis untersteht, und eine berufsspezifische Anwaltstätigkeit, die einem kupierten Berufsgeheimnis untersteht, da eine Offenlegungspflicht mindestens gegenüber dem Revisionsunternehmen bestehen soll. Problematisch dabei ist neben der grundsätzlichen Gefährdung, dass ein erhebliches Risiko besteht, dass bei einer Prüfung durch ein Revisionsunternehmen auch solche Dokumente und Unterlagen eingesehen werden, die klarerweise zur nach wie vor total geschützten Berater-tätigkeit gehören.

Daran ändert sich nichts, indem sich Berufsgeheimnisträger von anderen Berufsgeheimnisträgern sollen überprüfen lassen können.<sup>20</sup> Das Berufsgeheimnis des Anwalts gilt auch gegenüber anderen Anwälten. Die Prüfpflicht im Bereich der berufsspezifischen Anwaltstätigkeit hebt das Berufsgeheimnis so oder anders auf. Und noch einmal: Das ist eine vollständig andere Ausgangslage als die heutige Situation, in der zwar schon eine Prüfpflicht von Anwälten besteht, aber eben nur, wenn sie als Finanzintermediäre dem GwG unterstehen, was aber nur

bei Finanztransaktionen im akzessorischen und damit nicht im vom Berufsgeheimnis geschützten Bereich der Fall ist.

### 6. Keine Pflicht zum Ablehnen/zum Abbruch von Geschäftsbeziehungen

Der Vorentwurf sah vor, dass ein Berater die Geschäftsbeziehung ablehnen bzw. abbrechen muss, wenn er von einer geldwäschereirelevanten Handlung weiss oder den begründeten Verdacht hat, wobei die Verletzung dieser Pflicht mit Busse bestraft werden sollte. Diese Pflicht und die damit zusammenhängende Strafnorm wurden im Entwurf verworfen. Dies ist erfreulich. Auf die Streichung im Entwurf ist daher auf keinen Fall zurückzukommen.

### 7. Fehlende Regelung des begründeten Verdachts

Der «begründete Verdacht» ist einer der zentralsten Begriffe im GwG. Ist ein begründeter Verdacht gegeben, löst er die Meldepflicht (Art. 9 GwG) und gegebenenfalls die Vermögenssperre (Art. 10 GwG) aus. Zudem spielt er eine entscheidende Rolle bei der Frage des Haftungsausschlusses: Nur wer guten Glaubens von einem begründeten Verdacht und damit einer Meldepflicht ausgeht, kann weder wegen der Verletzung des Berufsgeheimnisses belangt noch wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht werden (Art. 11 GwG). Eine Meldung zu machen, ohne gutgläubig von einem begründeten Verdacht auszugehen, schliesst diese Befreiung aus. Der Finanzintermediär befindet sich mithin auf einem Minenfeld zwischen Scylla und Charybdis.

Eine gesetzliche Definition fehlt. Die Lehre hat aber klare Grundsätze entwickelt. Allerdings vermögen inzwischen, mindestens nach Auffassung der FINMA, bereits geringfügige Hinweise das ganze Prozedere in Gang zu setzen. Dafür sind zwei Entwicklungen verantwortlich. Zum einen scheint die Rechtsprechung (vor allem diejenige des Bundesstrafgerichts und des Bundesgerichts) immer geringere Anforderungen an den begründeten Verdacht zu stellen und nicht einheitlich zu sein. Das führt zu Unklarheiten, was genau die Folgen eines «simple doute» sind, d. h. ob (i) dieser für sich selbst bereits die Meldepflicht auslöst oder (ii) erst nachdem er durch weitere Abklärungen (Art. 6 GwG) innert angemessener Frist nicht ausgeräumt werden konnte. Zum anderen interpretiert die FINMA die wenigen Entscheide so, dass eine Meldepflicht entsprechend rasch ausgelöst wird.<sup>21</sup>

Mit der Erwähnung dieser angeblich massgeblichen Rechtsprechung im Erläuternden Bericht besteht die Gefahr, dass – ohne formelle Gesetzesänderung – gleichsam durch das «Hintertürchen» eine massive Herabsetzung der Meldeschwelle herbeigeführt wird. Das ist weder in Bezug

<sup>19</sup> Für eine ausführliche Darstellung m. w. H.: PETER LUTZ, Fresh Up: GwG für Rechtsanwälte und Notare, *Anwaltsrevue* 2016, S. 487 ff.

<sup>20</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5471 und 5519.

<sup>21</sup> FINMA Jahresbericht 2018, S. 74.



auf die sachliche Lösung noch auf in Bezug auf das Vorgehen korrekt.

Zur zitierten Rechtsprechung ist Folgendes anzuführen: Bei der herangezogenen Rechtsprechung handelt es sich gemäss Erläuterndem Bericht<sup>22</sup> um die Entscheide des Bundesgerichts vom 21. 3. 2018 (1B\_433/2017) sowie des Bundesstrafgerichts vom 18. 3. 2015 (SK.2014.14) und 19. 12. 2017 (SK.2017.54), die zur Rechtsentwicklung nicht geeignet sind.<sup>23</sup> Ganz im Gegenteil, wie das neueste Urteil des Bundesgerichts 6B\_1453/2017, das zu einem Leitentscheid erhoben worden ist, zeigt. Gegenstand des Entscheids war die Frage der Verjährung der Verletzung der Meldepflicht nach Art. 37 Abs. 2 GwG. Unter Erwägung 3.1 führt das Bundesgericht Folgendes aus (Hervorhebung beigefügt):

«L'obligation de communiquer selon l'art. 9 al. 1 LBA naît dès que l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de *soupons fondés*, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires pourraient remplir l'un des cas de figure de cette disposition. Lorsque la relation d'affaires est durable, l'intermédiaire financier, qui sait ou présume que les valeurs patrimoniales impliquées dans cette relation pourraient remplir les conditions de l'art. 9 LBA et qui omet de procéder à la communication, agit en permanence de manière illicite.»

Das Bundesgericht spricht hier klar von einem «*souçon fondé*» und nicht von einem «*simple doute*», der die Meldepflicht auslöst. Da sich dieser Entscheid nicht ausdrücklich mit dem Beginn der Meldepflicht, sondern mit deren Ende auseinandersetzt, ist er offensichtlich wesentlicher als die vorgenannten, indem er sich zum Thema der Meldepflicht äussert und zu einem Leitentscheid erhoben wurde. Wichtig ist also, dass der Gesetzgeber – unter Beachtung des Legalitätsprinzips – Klarheit schafft, ist doch die Verletzung der Meldepflicht strafbewehrt.

Das «Abrutschen» des Auslösekriteriums vom begründeten Verdacht zum «*simple doute*» wird auch in der einschlägigen Literatur massiv kritisiert.<sup>24</sup> Auch andere Autoren sind klar der Meinung, dass an den «genügenden Verdacht» hohe Anforderungen zu stellen sind.<sup>25</sup> In diesem topaktuellen Kommentar wird festgehalten, «dass ein «Meldepflicht auslösendes Wissen» im Sinn von *Kenntnis* zu verstehen ist oder auch als *dichteste mögliche Form eines Verdachts*» (Hervorhebung beigefügt). Der begründete Verdacht liegt gemäss mehreren Autoren irgendwo zwischen den Anhaltspunkten, die eine Abklärung nach Art. 6 GwG auslösen, und der oben erwähnten Kenntnis.<sup>26</sup> Des Weiteren wird ausdrücklich ausgeführt, dass ein begründeter Verdacht nicht schon dann vorliegt, wenn ursprüngliche verdächtige Anhaltspunkte nicht ausgeräumt werden können.<sup>27</sup>

Es ist somit beim Grundsatz zu bleiben, dass bei Vorliegen von Indizien für eine relevante Vortat der Finanzintermediär geeignete und angemessene Abklärungen zu treffen hat. Wenn sich darauf der Verdacht auf *Geldwäscherei genügend erhärtet, ist zu melden*. Es kann hingegen vom Finanzintermediär nicht verlangt werden, dass bei Bestehen von verdächtigen Indizien diese durch

geeignete und angemessene Abklärungen *vollständig* aus dem Weg geräumt werden müssen, um eine Meldepflicht zu vermeiden. Das hätte letztlich in der Praxis zur Folge, dass in den meisten Fällen, in denen anfängliche Verdachtsindizien bestehen, eine Meldung erfolgt. Es ist mit den dem Finanzintermediär zur Verfügung stehenden Mitteln nahezu unmöglich, absolute Klarheit betreffend Rechtmässigkeit der Herkunft der Mittel bzw. der Transaktion zu schaffen. Fehlt es daran, müsste er Meldung erstatten.

Mit der angestrebten Regelung, wonach eine Meldung zu machen ist, wenn Anfangszweifel nicht vollständig ausgeräumt werden können, erfolgt gleichsam eine «Umkehr der Beweislast» zulasten des Finanzintermediärs. Dieser wird, um sich nicht zu gefährden, im Zweifel Meldung machen, selbst wenn sich der Anfangsverdacht nach angemessener Abklärung nicht erhärten lässt (aber auch nicht ganz auszuräumen ist). Dies wird zu einer Unzahl unqualifizierter Meldungen führen, die von der MROS nicht bewältigt werden können. Bereits heute nimmt die Qualität der Meldungen ab, da rascher und ohne sorgfältige eigene Abklärungen «sicherheitshalber» gemeldet wird.

Kaum zum Thema gemacht wird der Vertragspartner oder die wirtschaftlich berechtigte Person des Finanzintermediärs. Eine Meldung löst Abklärungen zuerst bei der MROS und dann eventuell Verfahren bei den Strafverfolgungsbehörden aus, in die die betroffene Vertragspartei bzw. die wirtschaftlich berechtigte Person verwickelt wird. Die Vermögenswerte werden unter Umständen blockiert

<sup>22</sup> Ziff. 1.2.5.1, Fussnoten Nr. 40 f.

<sup>23</sup> Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht zitierten in den genannten Entscheiden ein früheres Bundesgerichtsurteil (4A\_313/2008), nach welchem ein einfacher Verdacht bezüglich der verbrecherischen Herkunft der Vermögenswerte eine Meldepflicht nach Art. 9 GwG begründe. Das zitierte Bundesgerichtsurteil ist bereits aus dem Umstand, dass es sich dabei um ein nicht veröffentlichtes Urteil einer zivilrechtlichen Abteilung zu einem zivilrechtlichen Streit handelt, nicht als Grundlage für die Bildung einer Rechtsprechung zum begründeten Verdacht geeignet. Da ferner die vom Bundesstrafgericht zitierte Definition des begründeten Verdachts keine Kernfrage des Rechtsstreits vor Bundesgericht bildete, ist die in diesem Urteil ausgeführte Definition als unbeachtliches Obiter Dictum zu betrachten. Entsprechend wäre es unzutreffend, aus den genannten Entscheiden eine Praxis des Bundesgerichts zur Definition des begründeten Verdachts herauszulesen.

<sup>24</sup> Es sei zunächst auf Stämpflis Handkommentar Geldwäschereigesetz hingewiesen (Herausgeber PETER V. KUNZ, THOMAS JUTZI, SIMON SCHÄREN, Bern 2017), wo ROLAND J. LUCHSINGER in N 27 ff. zu Art. 9 GwG ausführlich und überzeugend darlegt, dass eine derart weitgehende Auffassung, wie sie von der FINMA vertreten wird, nicht zu halten ist.

<sup>25</sup> DORIS HUTZELER in Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, (Herausgeber JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Zürich 2018) zu Art. 9 GwG N 31.

<sup>26</sup> HUTZELER, N 32 zu Art. 9 GwG, unter Hinweis auf GwG-Kommentar Graber, Art. 9 Na 9.

<sup>27</sup> HUTZELER, N 36 und 37 zu Art. 9 GwG, mit weiteren Hinweisen. Siehe auch Botschaft GwG, BBI 1996 III 1130. Eine andere Ansicht vertritt der heutige Leiter der MROS: DANIEL THELESKLAFF in GwG Kommentar, 3. A., Zürich 2019, zu Art. 9 GwG N 10, mit weiteren Hinweisen.

und erst nach langen und aufwendigen Verfahren wieder freigegeben. Ob ein Rückgriff auf den fälschlicherweise meldenden Finanzintermediär Erfolg hat und ob dadurch ein zu Unrecht entstandener Schaden vollständig wieder gutgemacht wird, ist oft fraglich.

All diese Überlegungen sind bei der Definition des «begründeten Verdachts» zu beachten. Da es sich um einen der *zentralsten Begriffe des GwG* handelt, darf die Umschreibung allerdings nicht in die GwV verbannt werden, sondern bedarf einer gesetzlichen Grundlage im engen Sinn; dies entgegen den Absichten der Botschaft.<sup>28</sup> Richtig ist, dass aufgrund der vor allem für den Meldenden, aber auch für die Vertragspartei bzw. die wirtschaftlich berechnete Person gravierenden Folgen einer Meldung eine klare Definition unerlässlich ist, aber auf Gesetzesstufe und mit einer Schwelle, welche die berechtigten Interessen aller, die effektiven Abklärungsmöglichkeiten der Verpflichteten und den Grundsatz der klaren gesetzlichen Grundlage getreu dem strafrechtlichen Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* berücksichtigt.

### III. Beurteilung des StGB-Entwurfs vom 26. Juni 2019

Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB sieht vor, dass eine Person, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft (d.h. insbesondere ein Finanzintermediär gemäss GwG, wozu im akzessorischen Bereich auch finanzintermediär tätige Anwälte zählen), das Recht hat, eine Geldwäschereverdachtsmeldung zu machen, wenn sie Wahrnehmungen hat, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren. Es handelt es sich um ein Melderecht für diejenigen Fälle, in denen die Voraussetzungen für eine Meldepflicht nicht sicher erfüllt sind, und dient als Rechtfertigungsgrund für eine Geheimnisverletzung.

Entgegen der Absicht im Vorentwurf, das Melderecht zu streichen, soll dieses gemäss Entwurf nunmehr doch beibehalten werden. Das ist erfreulich, da die Schwelle für die Meldepflicht über die Jahre zwar markant gesunken ist, aber dessen ungeachtet halt im Einzelfall immer eine Abgrenzung zu nicht meldepflichtigen Sachverhalten besteht. Solange das GwG zwischen zu meldenden und nicht

zu meldenden Sachverhalten unterscheidet, besteht auch Unsicherheit betreffend die korrekte Abgrenzung, da es sich nicht um eine trennscharfe Linie handelt.

### IV. Schlussbemerkungen

Das Bundesgericht führt in einem Entscheid aus dem Jahr 2009 aus (Hervorhebung beigefügt): «Le secret professionnel de l'avocat est donc institué et régi par des dispositions particulières de droit fédéral, édictées *dans l'intérêt général* parce que ce secret est un élément important de la protection de l'ordre juridique et de l'accès à la justice».<sup>29</sup> Mit der Aufhebung des Berufsgeheimnisses durch Kontrollen der anwaltlichen Tätigkeit wird ein rechtsstaatlicher Grundpfeiler mit institutioneller Funktion umgestürzt. Der Staat hat ein legitimes Interesse, Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu bekämpfen. Wie jedes Handeln muss aber auch hier bei der Wahl des Mittels die Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden. Mit der vorgeschlagenen Schleppnetzlösung, unter Verwendung eines besonders feinen Netzes, wird zu viel unnötiger Beifang miteingeholt. Es gilt sorgfältig abzuwägen zwischen dem Streben nach Sicherheit einerseits und dem Anspruch auf Privatsphäre und Rechtsstaatlichkeit andererseits.

Dies gilt umso mehr, als Art. 305<sup>bis</sup> StGB für jeden und jede gilt, insbesondere auch für Personen, die dem Berufsgeheimnis unterstellt sind. Wer als Anwalt oder Notar eine Person berät und dabei weiss oder annehmen muss, dass Vermögenswerte deliktischer Herkunft involviert sind, kann als Mittäter oder Teilnehmer handeln. Gehilfenschaft bei Geldwäscherei ist ebenfalls strafbar (Art. 25 StGB). Als Gehilfenschaft kommt jede die Geldwäscherei unterstützende Tätigkeit infrage, insbesondere auch Rat.<sup>30</sup> Bei einer konsequenten Auslegung dieser Bestimmung wird unseres Erachtens zur Bekämpfung der Geldwäscherei mehr getan als mit der vorgesehenen Unterstellung von Beratungstätigkeit.

<sup>28</sup> Botschaft (Fn. 9), S. 5478 f.

<sup>29</sup> BGE 135 III 592, E. 3.4

<sup>30</sup> MARC FORSTER, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2013, N 22 zur Art. 25 StGB.

Peter V. Kunz

# Wirtschaftsrecht

Grundlagen und Beobachtungen



---

## › Die umfassende Darstellung des schweizerischen Wirtschaftsrecht

---

Dieses Opus magnum befasst sich umfassend mit der zentralen Querschnittsmaterie der Jurisprudenz: dem Wirtschaftsrecht. Nebst Darstellungen zu den wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten – Gesellschaftsrecht, Finanzmarktrecht, Wettbewerbsrecht, Immaterialgüterrecht, Steuerrecht und Konzernrecht – werden Gesamtzusammenhänge sowie verbindende und trennende Leitlinien aufgezeigt. Eingegangen wird auch auf Regulierungsthemen sowie auf die wirtschaftsrechtliche Methodik, die bei Behörden und Gerichten angewendet wird. Besprochen werden zudem internationale Entwicklungen im Wirtschaftsrecht. In der Monografie eine unerlässliche Lektüre findet, wer sich von Berufs wegen mit Wirtschaftsrecht befasst, etwa Rechtsanwälte, Konzernjuristen, Richter, Compliance Officers und Verbandsvertreter. Doch selbst Politiker sowie interessierte Nichtjuristen werden mannigfache Anregungen finden. Trotz Praxisorientierung der Darstellung entsteht geradezu eine dogmatische Theorie des Wirtschaftsrechts.

ca. 1370 Seiten, gebunden, Oktober 2019, ca. 438.–  
978-3-7272-2070-8



Bestellen Sie direkt online: [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1 | Postfach | 3001 Bern | Tel. +41 31 300 66 77 | Fax +41 31 300 66 88 | [order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)  
Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten | 1658-132/19

**Stämpfli**  
Verlag