

REVISION GWG – BERATENDE ANWÄLTE IM VISIER DES REGULATORS

MARKUS MEUWLY

RA, lic. iur., Partner bei PÉROLLES PARTNERS, Freiburg;
Lehrbeauftragter an der Hochschule für Wirtschaft, Freiburg

Stichworte: GwG, Revision, Anwaltstätigkeit, Sorgfaltspflichten, Berufsgeheimnis

Trotz der Kritik in der Vernehmlassung will der Bundesrat im Rahmen der aktuellen Revision des GwG eine neue Kategorie «Berater/Beraterinnen» schaffen. Entgegen der bisherigen Konzeption zur Geldwäschereibekämpfung werden unter diesen Begriff Dienstleistungen subsumiert, die nicht direkt auf Vermögenswerte gerichtet sind bzw. denen keine Verfügungshandlungen über solche zugrunde liegen. Damit öffnet der Bundesrat die Büchse der Pandora mit erheblichen Auswirkungen auf die Sorgfaltspflichten, das Berufsgeheimnis und die Kosten für beratende Anwälte.

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Der Bundesrat hat am 26. 6. 2019 den Gesetzesentwurf zur Revision des GwG¹ und die dazugehörige Botschaft² veröffentlicht. Damit sollen die Schwachstellen in der Gesetzgebung beseitigt werden, die die FATF³ im vierten Länderbericht zur Schweiz festgestellt hatte, der im Dezember 2016 veröffentlicht wurde.⁴ Die Schweiz befindet sich seither in einem sogenannten *Enhanced-follow-up-Prozess*, mit der Folge, dass sie auf eine reputationsschädigende graue oder schwarze Liste kommen würde, wenn die Mängel nicht behoben werden. Die Konformität der Schweizer Gesetzgebung mit den internationalen Standards zur Geldwäschereibekämpfung ist Gegenstand der fünf Stossrichtungen der Finanzmarktpolitik des Bundesrates für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz vom Oktober 2016.⁵ Diese führte in der jüngeren Vergangenheit zu einem Revisionsreigen, der im Bereich Geldwäschereibekämpfung die Regelwerke GwG, BankG, GwV-FINMA und die VSB 20⁶ umfasst und daneben die am 15. 6. 2018 verabschiedeten FINIG und FIDLEG. Haupttreiber der Regulierungsflut, mit der sich auch die beratenden Anwälte⁷ konfrontiert sehen, sind primär die Finanzkrise von 2008 und Panama-Papers-Enthüllungen von 2016.⁸

2. Vorentwurf und Vernehmlassung

Der Vorentwurf und der erläuternde Bericht wurden vom 1. 6. bis zum 21. 9. 2018 zur Vernehmlassung unterbreitet. Die Vorlage beinhaltete sieben Hauptmassnahmen, darunter insbesondere die Einführung von Sorgfaltspflichten für Berater/Beraterinnen.⁹

In der Vernehmlassung wurde die Einführung einer neuen Kategorie «Berater/Beraterinnen» kritisiert, ins-

besondere von den betroffenen Akteuren, mithin den Anwälten und Notaren¹⁰ sowie den Treuhändern¹¹ und Vermögensverwaltern. Deren Branchenorganisationen wendeten (zu Recht) ein, dass die Neuregelung das bewährte Dispositiv des GwG zur Geldwäschereibekämpfung ohne Not aufgibt, das Berufsgeheimnis verletzt und dass die geltenden strafrechtlichen Bestimmungen¹² genügen, um die Vorgaben von FATF/GAFI zu erfüllen.¹³

Die Einwände fanden wenig Gehör beim Bundesrat.

¹ BBl 2019 5555 ff.

² BBl 2019 5451 ff.

³ Financial Action Task Force (Groupe d'action financière, GAFI).

⁴ <www.sif.admin.ch> unter: Themen > Integrität des Finanzplatzes.

⁵ www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Publicationen/Bericht_Finanzmarktpolitik.pdf.download.pdf/Bericht_Finanzmarktpolitik.pdf.

⁶ Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2020, <http://www.swissbanking.ch> unter: > Themen > Regulierung und Compliance > Dokumente.

⁷ Der Begriff Anwälte umfasst Anwälte und Anwältinnen, wobei der Einfachheit halber von Anwälten die Rede ist; die Ausführungen gelten mutatis mutandis für Notare und Notarinnen, die dem Berufsgeheimnis unterstehen.

⁸ BBl 2019 5467.

⁹ BBl 2019 5464.

¹⁰ PETER LUTZ, Stellungnahme der SRO SAV/SNV im Vernehmlassungsverfahren EFD vom 1. 6. 2018, Anwaltsrevue 2018, S. 417.

¹¹ EXPERTSuisse, Vernehmlassung vom 21. 9. 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung <http://www.expertsuisse.ch> unter: Politik & Stellungnahmen > Änderung des Geldwäschereigesetzes-Stellungnahme von EXPERTSuisse zur Vernehmlassung.

¹² Art. 305^{bis} StGB i. V. m. Art. 24 und 25 StGB.

¹³ Vgl. PETER LUTZ/MARTIN KERN, Vorentwurf des GwG: Einfluss auf die beratende Tätigkeit des Anwalts und das Berufsgeheimnis, Anwaltsrevue 2018, S. 367 ff.

Dieser Artikel gibt einen Überblick über die Auswirkungen der Revisionsvorlage für beratende Anwälte und zeigt auf, wo ein Bedarf zur Nachbesserung in der parlamentarischen Beratung besteht.

II. Geltungsbereich des GwG für Berater

1. Dienstleistungen für Sitzgesellschaften

A) Definition Sitzgesellschaft

Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c Ziffer 1 E-GwG gilt das Gesetz für alle natürlichen und juristischen Personen, die gewerblich für Dritte Geschäfte im Zusammenhang mit der Gründung, Führung oder Verwaltung von *Sitzgesellschaften* mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland oder Trusts ausführen oder vorbereiten.

Die Tätigkeit gilt als gewerblich, wenn sie eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit des Beraters darstellt, unabhängig davon, ob es sich um eine Haupt- oder Nebentätigkeit handelt.

Im Gegensatz zum Vorentwurf werden nur, aber immerhin, Dienstleistungen erfasst, die sich auf *Sitzgesellschaften* beziehen. Massgeblich hierfür ist die Definition in der GwV-FINMA.¹⁴ Unter diesen Begriff fallen somit alle juristischen Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Nicht darunter fallen Gesellschaften, welche die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen sowie Holding- und Subholdinggesellschaften.¹⁵ Gemäss dem FINMA-Rundschreiben 2011/1 muss jeweils im Einzelfall abgeklärt werden, ob eine Sitzgesellschaft oder eine operative Gesellschaft vorliegt, wobei insbesondere die Bilanz und Erfolgsrechnung relevante Indizien liefern, weshalb das Vorliegen einer Sitzgesellschaft zu bejahen ist, wenn ein Wertschriftenportefeuille oder ähnliche Vermögenswerte den dominierenden Bilanzposten darstellen und gleichzeitig in der Erfolgsrechnung überwiegend Erträge oder Kapitalgewinne aus selbigen ausgewiesen werden. Gemäss Art. 63 Abs. 2 GwV-FINMA liegen Indizien für eine Sitzgesellschaft auch vor, wenn keine eigenen Geschäftsräume bestehen, insbesondere wenn eine C/o-Adresse, Sitz bei einem Anwalt, bei einer Treuhandgesellschaft oder bei einer Bank angegeben wird, kein eigenes Personal angestellt ist oder eine nicht im Handelsregister eingetragene Person ein Zeichnungsrecht hat. In Fällen, wo sowohl Indizien für eine operative Gesellschaft als auch für eine Sitzgesellschaft vorliegen, sind jeweils das oder die dominierenden und damit den Hauptzweck der Gesellschaft bestimmenden Indizien im Gesamtkontext zu eruieren.¹⁶

B) Beratung

Die neue Gesetzesbestimmung erfasst *vorbereitende* und *ausführende* Tätigkeiten von Beratern. Laut Botschaft sind deshalb nur das Erstgespräch mit einem Klienten, bei dem

das Anliegen, der Inhalt des Mandates und Kostenfragen geklärt werden, sowie unentgeltliche Leistungen in der Vorbereitungsphase vom GwG ausgeschlossen.¹⁷

Unter den Begriff *Gründung* sind alle Leistungen zu subsumieren, die in die rechtliche Entstehung einer Sitzgesellschaft oder eines Trusts münden. Unter *Führung* werden alle Geschäftsleitungsaufgaben verstanden und unter *Verwaltung* die Aufgaben des Verwaltungsrates, wobei das Halten einer Organstellung in einer Sitzgesellschaft schon de lege lata als Tätigkeit eines Finanzintermediärs (FI) qualifiziert wird und somit dem GwG unterstellt ist.¹⁸ Alle Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Gründung, Führung und Verwaltung von Sitzgesellschaften sollen neu selbst dann unter das GwG fallen, wenn sie in keinem direkten Zusammenhang mit einer Finanztransaktion stehen.¹⁹ Bis anhin war die Tätigkeit des Anwalts im Zusammenhang mit der Gründung von Gesellschaften generell nicht dem GwG unterstellt, wenn sie sich auf die Beratung, die Ausarbeitung der Verträge, die Vermittlung von Personen zur Sicherstellung der Leitung und die Durchführung der Gründung beschränkte, ohne in den Zahlungsverkehr einzugreifen.²⁰

Für Anwälte hat der Entwurf zur Folge, dass jede entgeltliche Dienstleistung für eine geplante oder bereits gegründete Sitzgesellschaft dem GwG unterstellt ist. Betroffen davon sind etwa: Auskunft zum Schweizer Gesellschaftsrecht im Allgemeinen; Aushändigen einer Checkliste zur Gründung einer Sitzgesellschaft; Beratung zur Strukturierung einer Unternehmensgruppe; Ausarbeiten/Prüfen von Statuten und Aktionärsbindungsverträgen; Beratung/Instruktionen betreffend Zeichnungsberechtigung und Beglaubigung von Unterschriften; Ausarbeiten/Prüfen von Arbeits- und Mietverträgen; Beratung in steuer-, arbeits-, miet- oder sozialversicherungsrechtlichen Fragen; Beratung bei der Vorbereitung von Verwaltungsratssitzungen und Generalversammlungen; Beratung des Verwaltungsrates bei Streitigkeiten jeglicher Art, welche die Gesellschaft direkt oder indirekt betreffen; Auskünfte zum Immaterialgüterrecht; Dienstleistungen im Hinblick auf die Kapitalisierung oder Sanierung; Dienstleistungen betreffend Kauf oder Verkauf von Grundstücken, Immaterialgüterrechten oder Beteiligungen der Gesellschaft; Begleitung von Nachfolgeregelungen, sobald eine Sitzgesellschaft involviert ist; Beratung im Zusammenhang mit Ehe- und Erbverträgen, wenn zum Vermögen eine Sitzgesellschaft gehört; Vertretung/Beratung in familienrechtlichen Angelegenheiten mit einer Sitzgesellschaft im ehelichen Vermögen.

¹⁴ SR 955.033.0. BBI 2019 5505.

¹⁵ Art. 2 Bst. a GwV-FINMA.

¹⁶ FINMA-Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung, RZ 102.

¹⁷ BBI 2019 5504, 5505.

¹⁸ Art. 6 Abs. 1 Bst. d GwV.

¹⁹ BBI 2019 5466 f. mit Verweis auf die entsprechende Wortbedeutung bei FATF/GAFI.

²⁰ FINMA-Rundschreiben 2011/1, RZ 122.

C) Organisation der Mittelbeschaffung

Art. 2 Abs. 1 Bst. c Ziffer 2 E-GwG erfasst alle Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Organisation der Mittelbeschaffung. Laut Botschaft fällt darunter insbesondere die Eröffnung von Bankkonten zum Zweck der Kapitaleinzahlung.²¹ Die Tragweite dieser Bestimmung ist wesentlich grösser, denn auch hier ist für die Unterstellung unter das GwG unerheblich, ob der Anwalt in die Finanztransaktion involviert ist. Schon die Mitwirkung bei der Planung der Mittelbeschaffung, die Ausarbeitung oder Prüfung von Finanzierungsverträgen, ja selbst die (entgeltliche) Vermittlung des Kontakts zu Banken oder Investoren ist dem GwG unterstellt.

D) Kauf und Verkauf

Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c Ziffer 3 E-GwG gilt das Gesetz für alle vorbereitenden und ausführenden Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Kauf oder Verkauf von Sitzgesellschaften bzw. Trusts. Darunter fallen insbesondere: Mitwirkung bei der Vorbereitung oder Durchführung der due diligence; Erarbeiten/Prüfen der Veräusserungsverträge; Beratung zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen; Auskunft zu Gewährleistungsfragen und Verjährungsfristen; Steuerruling.

Unklar ist, ob nur Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kauf bzw. Verkauf *sämtlicher* Beteiligungsrechte erfasst werden oder auch solche, die sich auf den Erwerb bzw. die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung beziehen. Offen ist die Frage, ob Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommen, wie etwa die Übertragung nach Fusionsgesetz, Schenkungen oder die Begründung einer Nutzniessung, vom Geltungsbereich ausgenommen sind. Weil die Gerichte auf dem Gebiet der Geldwäschereibekämpfung tendenziell zu einer extensiven Gesetzesauslegung tendieren, kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch solche Rechtsgeschäfte unter das GwG subsumiert würden.

E) Domizilierung

Im Unterschied zur heutigen Regelung fallen das Bereitstellen einer Adresse oder von Räumlichkeiten für eine in- oder ausländische Sitzgesellschaft oder einen Trust per se unter das GwG.²²

F) Fazit

Die vorgeschlagene Regelung führt wie gesehen dazu, dass faktisch jede Dienstleistung für eine Sitzgesellschaft unter das GwG fällt, selbst wenn der Anwalt weder direkt noch indirekt in eine Finanztransaktion involviert ist. Die Aufgabe des Kriteriums *Verfügung über fremde Vermögenswerte* führt zu einer ausufernden Unterstellung von Beraterdienstleistungen unter das GwG, die im Lichte des vom Bundesrat propagierten, risikobasierten Ansatzes der Geldwäschereibekämpfung nicht zu rechtfertigen ist, schon gar nicht mit Bezug auf Schweizer Sitzgesellschaften, die in aller Regel legale Zwecke verfolgen und nicht als Vehikel zur Geldwäscherei eingesetzt werden. Mit der Aufgabe dieses bewährten Kriteriums geht der Bundes-

rat im Swiss finish ohne Not weiter als die FATF/GAFI-Empfehlungen Nr. 22 und 23.²³

Für Schweizer Sitzgesellschaften besteht zur Bekämpfung der Geldwäscherei bereits heute eine Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person,²⁴ und die Abschaffung von Inhaberaktien nicht börsenkotierter Gesellschaften ist beschlossen.²⁵ Anwälte setzen sich bereits de lege lata der Strafandrohung von Art. 305^{bis} StGB und aufsichtsrechtlichen Sanktionen aus, wenn sie vorsätzlich oder eventualvorsätzlich bei Geldwäscherei mitwirken. Art. 2 Abs. 1 Bst. c E-GwG sollte deshalb analog zu Art. 9 Abs. 2 E-GwG dahingehend modifiziert werden, dass nur jene Dienstleistungen erfasst werden, in deren Zusammenhang der Berater in eine Finanztransaktion im Namen oder auf Rechnung des Klienten involviert ist. Zumindest wäre es sinnvoll, den Anwendungsbereich auf ausländische Sitzgesellschaften und Trusts zu beschränken und die Dienstleistungen in der *Vorbereitungsphase* ohne direkten Bezug zu einer Finanztransaktion aus dem Geltungsbereich des GwG herauszunehmen.

III. Sorgfaltspflichten

Die Unterstellung einer Dienstleistung unter das GwG hat zur Folge, dass der Anwalt umfassende Sorgfaltspflichten erfüllen muss. Selbige werden nachfolgend dargestellt, um die Folgen der neuen Regelung in der Praxis zu verdeutlichen.

1. Identifizierung der Vertragspartei

Gemäss Art. 8b Abs. 1 Bst. a E-GwG hat der Berater die Pflicht, die Vertragspartei zu identifizieren. Die Einzelheiten sollen in der GwV konkretisiert werden, wobei die bereits bestehenden Normen für FI als Massstab gelten.²⁶ Beim Eintrag der Sitzgesellschaft im Schweizerischen Handelsregister oder in einem gleichwertigen ausländischen Register erfolgt die Identifizierung entweder mit einem durch den Registerführer ausgestellten Registerauszug oder einem schriftlichen Auszug aus einer durch die Registerbehörde, einer Aufsichtsbehörde oder durch einen vertrauenswürdigen Privaten geführten Datenbank.²⁷ Nicht im Handelsregister eingetragene juristische Personen können mittels Gründungsakten, des Gründungsvertrags, einer Bestätigung der Prüfgesellschaft, eines certificate of incumbency, certificate of good standing oder certificate of incorporation identifiziert werden.

²¹ BBl 2019 5506.

²² Art. 2 Abs. 1 Bst. c Ziffer 4 E-GwG.

²³ PETER LUTZ/MARTIN KERN, a. a. O., S. 370.

²⁴ Art. 697j OR.

²⁵ Bundesgesetz vom 21. 6. 2019 zur Umsetzung von Empfehlungen des globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke.

²⁶ BBl 5511; Art. 8b Abs. 1 Bst. a verweist auf Art. 3 Abs. 1 GwG.

²⁷ www.zefix.ch; SHAB Verzeichnisse von CRIFAG Creditreform, FINMA, BAFIN (Deutschland), FSA (England), Register für certificates of good standing, Dun 8 Bradstreet.

Ausländische Sitzgesellschaften dürfen auch mittels eines von einem *Registered Agent* unterzeichneten certificate of incumbency identifiziert werden, sofern abgeklärt wird, ob dieser auch tatsächlich vom Vertragspartner eingesetzt wurde.²⁸ Nach der Praxis der Aufsichtscommission VSB kann die Identifizierung auch anhand nicht unterzeichneter Statuten erfolgen.²⁹

In der Vorbereitungsphase ist jene Person zu identifizieren, welche die Beratung in Anspruch nimmt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GwG i. V. m. Art. 17 GwV erfolgt die Identifizierung einer natürlichen Person mittels eines amtlichen Ausweises. Bei Trust-Beziehungen ist der Trustee zu identifizieren. Zur Identifikation wird jeweils ein Formular verwendet.

2. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Der Berater ist gemäss Art. 8b Abs. 1 Bst. b E-GwG verpflichtet, die wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen. Die in der Verordnung zu regelnden Einzelheiten sollen sich auch hier an den für FI gültigen Regeln orientieren.³⁰ Im Rahmen der Gründung, Führung oder Verwaltung von Sitzgesellschaften ist die wirtschaftliche Berechtigung an der Gesellschaft festzustellen, während bei der Organisation der Mittelbeschaffung auch die wirtschaftliche Berechtigung an den verwendeten Vermögenswerten massgeblich ist.³¹

Im Gegensatz zu operativ tätigen juristischen Personen, für welche gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG das *Kontrollprinzip* massgeblich ist, muss bei Sitzgesellschaften abgeklärt werden, wer an den *Vermögenswerten* wirtschaftlich berechtigt ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist bei der Abklärung ausschliesslich auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen, formaljuristische Konstruktionen sind ohne Belang; wirtschaftlich berechtigt ist jene natürliche Person, die über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, der sie aus wirtschaftlicher Sicht gehören.³² Wirtschaftlich berechtigt ist, wer unabhängig und verbindlich über die Verwendung der Vermögenswerte entscheiden kann. Diese Stellung kann sich aus einem Vertrag, einer Gesellschaftsstruktur, aus dem Gesetz oder einem Trust bzw. einer Anstalt ableiten.³³ Der Berechtigte kann nur eine natürliche Person sein, nicht aber eine Sitzgesellschaft. Wird eine juristische Person angegeben, müssen bei dieser die *Kontrollinhaber* nach Art. 2a Abs. 3 GwG festgestellt werden.³⁴ Es sind stets alle wirtschaftlich Berechtigten zu ermitteln, unabhängig vom Umfang der Berechtigung.

Bei Truststrukturen und anderen Vermögenseinheiten ist eine schriftliche Erklärung über den effektiven Gründer, die Trustees, allfällige Kuratoren, Protektoren oder sonstige eingesetzte Personen, die Begünstigten sowie die Personen, die der Vertragspartei oder ihren Organen Instruktionen erteilen können, einzuholen.³⁵ Beim *Revocable Trust* gilt der effektive Gründer als wirtschaftlich Berechtigter; bei einem *Irrevocable Trust* sind es die Begünstigten; im Falle des *Discretionary Trust* sind es jene Personen, die befugt sind, dem Trust Anweisungen und Instruktionen zu erteilen.³⁶

Der Anwalt holt zum Zweck der Feststellung bei der Vertragspartei mittels eines Formulars eine schriftliche Erklärung darüber ein, wer an den Vermögenswerten der Sitzgesellschaft wirtschaftlich berechtigt ist; bestehen Zweifel an diesen Angaben, so ist der Anwalt verpflichtet, zusätzliche Informationen über die angegebene Person und die Herkunft der Vermögenswerte zu beschaffen. Zweifel sind namentlich dann angebracht, wenn Vermögenswerte, welche eine Vertragspartei einbringt, deren finanzielle Verhältnisse offensichtlich übersteigen, der Kontakt mit der Vertragspartei ungewöhnliche Feststellungen ergibt oder die Geschäftsbeziehung ohne persönliche Vorsprache aufgenommen wird.³⁷

Bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten muss der Berater die nach den Umständen gebotene Sorgfalt anwenden. Dabei hat er nach objektiven Gesichtspunkten die Sorgfalt zu beachten, wie sie ein anderer Berater in der gleichen Situation und unter den gleichen Umständen an den Tag legen würde.³⁸ Der Berater darf sich nicht einfach auf die Angaben seines Klienten verlassen, sondern muss selbige auf Plausibilität prüfen, etwa mittels zusätzlicher mündlicher Auskünfte, Konsultation von Datenbanken oder Abklärungen im Internet.³⁹

Die soeben beschriebene Sorgfaltspflicht besteht gemäss Entwurf bereits in der Vorbereitungsphase, mithin in einem Zeitpunkt, wo in der Regel noch gar nicht feststeht, ob es tatsächlich zur Gründung einer Sitzgesellschaft kommen wird und wer die wirtschaftlich Berechtigten sein werden. Der Bundesrat bleibt in der Botschaft die Antwort schuldig, wie der Anwalt bei einer solchen Konstellation die strengen Sorgfaltspflichten des GwG de facto erfüllen soll.

3. Hintergründe und Zweck des Geschäfts

Gemäss Art. 8b Abs. 2 E-GwG müssen Berater die Hintergründe und den Zweck des gewünschten Geschäfts abklären. Diese Abklärung ist in jedem Fall vorzunehmen und nicht nur, wenn das Geschäft ungewöhnlich oder verdächtig erscheint.⁴⁰ Die Bestimmung lehnt sich inhaltlich an Art. 6 GwG an. Die Sorgfaltspflicht geht somit dahin, für jede Dienstleistung im Umfeld einer Sitzgesellschaft oder

28 KATHRIN HEIM/TAMARA WETTSTEIN, VSB 2020, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Auflage, Zürich 2019, N 24 zu Art. 13.

29 Kommentar zur VSB 20, Art. 13, <www.swissbanking.org> unter: library > file > SBVg-VSB-Kommentar_DE.

30 BBI 5511; vgl. dazu Art. 59–64 GwV-FINMA.

31 BBI 2019 5111, 5112.

32 BGE 125 I 139 E 3b.

33 MARTIN LIEBI/LIONEL CONOD, a. a. O., N 42 zu Art. 4.

34 KATHRIN HEIM/TAMARA WETTSTEIN, a. a. O., N 2 ff. zu Art. 39.

35 Art. 64 GwV-FINMA.

36 KATHRIN HEIM/TAMARA WETTSTEIN, a. a. O., N 20 ff. zu Art. 41.

37 Art. 59 Abs. 1 GwV-FINMA.

38 MARTIN LIEBI/LIONEL CONOD, a. a. O., N 48 zu Art. 4.

39 MARTIN LIEBI/LIONEL CONOD, a. a. O., N 48 zu Art. 4.

40 BBI 2019 5511.

eines Trusts eine konkrete *Risikoanalyse* unter den Aspekten der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung und damit insbesondere unter Berücksichtigung des Sitzes und Zwecks der Gesellschaft, der darin involvierten Personen (z. B. politisch exponierte Person aus dem Ausland), des Umfelds der wirtschaftlich berechtigten Personen und der gewünschten Dienstleistungen vorzunehmen.⁴¹ Gestützt hierauf holt der Anwalt entsprechende *KYC-Informationen* ein,⁴² die bei Sitzgesellschaften an Offshore-Standorten umfangreicher ausfallen als bei einer Schweizer Sitzgesellschaft, da Erstgenannte wesentlich häufiger als Bausteine in komplexe Strukturen zur Geldwäscherei eingebaut werden. Steht die gewünschte Dienstleistung direkt im Zusammenhang mit einer Finanztransaktion, so ist der Anwalt verpflichtet, zusätzlich die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte, die Hintergründe und die Plausibilität der geplanten Transaktionen sowie den Ursprung des Vermögens der an der Gesellschaft wirtschaftlich berechtigten Person abzuklären.

4. Dokumentationspflicht

Gemäss Art. 8b Abs. 1 Bst. c E-GwG hat der Anwalt die Pflicht, über die nach GwG erforderlichen Abklärungen Belege zu erstellen. Die Dokumentation muss in der Weise erfolgen, dass sich ein sachkundiger Dritter, wozu insbesondere Aufsichtsbehörden und externe Revisionsstellen gehören, ein zuverlässiges Urteil über die Geschäfte bilden kann.⁴³ Art. 7 Abs. 1^{bis} E-GwG bestimmt, dass die Belege periodisch auf ihre Aktualität überprüft und bei Bedarf aktualisiert werden sollen. Periodizität, Umfang und Art der Überprüfung und Aktualisierung richten sich nach dem Risiko, das die Vertragspartei darstellt; sie dürfte mithin bei ausländischen Sitzgesellschaften und Trusts weiter gehen als bei Schweizer Sitzgesellschaften.

5. Organisatorische Massnahmen

Nach Art. 8c E-GwG müssen Berater in ihrem Bereich Massnahmen zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung treffen. Dazu gehören interne Weisungen, interne Kontrollen, die Ausbildung der Mitarbeiter bei Beginn der Anstellung und periodische Nachschulungen.⁴⁴

6. Meldepflicht

Art. 9 Abs. 1^{ter} E-GwG schreibt für den Berater eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) vor, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass das von ihm vorbereitete oder ausgeführte Geschäft im Zusammenhang mit Vermögenswerten steht, die nach GwG einen Verdachtsfall darstellen. Anwälte sind jedoch in zwei Fällen von der Meldepflicht ausgenommen, nämlich wenn (i) ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis untersteht, d. h. eine konkrete Dienstleistung berufsspezifische (und nicht atypische) Anwaltstätigkeit darstellt, oder wenn (ii) zwar eine atypische Tätigkeit vorliegt, der Anwalt in deren Zusammenhang aber keine Finanztransaktion im Namen oder auf Rechnung eines Klienten ausführt.

Im Ergebnis hat der Anwalt nur dann eine Meldepflicht, wenn er im atypischen Tätigkeitsbereich eine Finanztransaktion für den Klienten ausführt. Das entspricht der heutigen Rechtslage für Anwälte, die im atypischen Bereich als FI tätig sind. Bei der Ausgestaltung der Meldepflicht hat der Bundesrat also – im Gegensatz zur Normierung des Geltungsbereichs – die bewährte Konzeption beibehalten, wonach nur der direkte Bezug zu einer Finanztransaktion besondere Pflichten nach GwG rechtfertigt.

7. Fazit

Die Ausgestaltung des Geltungsbereichs des GwG für Berater und die daraus resultierenden Sorgfaltspflichten sind ungenügend koordiniert, was in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen dürfte. In der Vorbereitungsphase, die nach dem Willen des Bundesrates auch dem GwG unterstellt ist, liegen keine Unterlagen vor, welche Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft bilden, insbesondere keine Jahresrechnung, keine Organe und keine Domizilierung. In dieser Phase steht häufig gar nicht fest, ob es zur Gründung einer Sitzgesellschaft kommen wird, geschweige denn, wer die wirtschaftlich Berechtigten sein werden. Im Ergebnis kann der Anwalt in der Vorbereitungsphase weder zuverlässig abklären, ob seine Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Sitzgesellschaft steht noch wer der wirtschaftlich Berechtigte an den noch einzubringenden Vermögenswerten sein wird. Die Abkehr vom bewährten Prinzip, wonach nur Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer konkreten Finanztransaktion vom GwG erfasst werden, führt dazu, dass Beratern formelle Sorgfaltspflichten auferlegt werden, die sie de facto nicht erfüllen können.

Jede vorstehend in Kapitel II beschriebene Dienstleistung löst die gesamte Kaskade von Sorgfaltspflichten aus, was in der Praxis zur Folge hat, dass der interne Aufwand und die externen Kosten (vgl. dazu Kapitel V nachfolgend) nicht selten höher ausfallen dürften als der Gewinn aus den verrechenbaren Arbeitsstunden. Ein Klient wird kaum Verständnis dafür haben, dass ihm der Anwalt für seine interne Compliance Kosten weiterverrechnet, die im Verhältnis zum Beratungsaufwand disproportional sind. Auch verfügen kleine und mittelgrosse Anwaltskanzleien im Vergleich zu Banken und professionellen FI über wesentlich geringere personelle und finanzielle Ressourcen, um die vorgeschriebenen Abklärungen durchzuführen. Beratende Anwälte sind bei der Ausführung ihrer Dienstleistungen in aller Regel nicht in die Finanztransaktion invol-

⁴¹ Know your customer; der Anwalt hat sich Informationen über seinen Kunden zu beschaffen, wobei Art. 13 ff. GwV-FINMA Anhaltspunkt über deren Art und Umfang liefern.

⁴² Anhaltspunkte für die konkrete Tragweite dieser KYC-Information liefern Art. 13–17 GwV-FINMA.

⁴³ THOMAS MÜLLER, in: SHK Geldwäschereigesetz, N 14 ff. zu Art. 7.

⁴⁴ THOMAS JUTZI, in: SHK Geldwäschereigesetz, N 25 und 31 zu Art. 8.

viert und haben gerade nicht die Rolle eines klassischen Gatekeepers nach GwG inne. Diesen Aspekten wurde beim Entscheid, Dienstleistungen von Beratern losgelöst von jeder Finanztransaktion dem GwG zu unterstellen, zu wenig Beachtung geschenkt.

IV. Prüfpflicht und Berufsgeheimnis

1. Prüfpflicht

Die bestehende Prüfpflicht für Händler gemäss Art. 15 Abs. 1 GwG wird auf Berater ausgeweitet. Die Bestimmung geht dahin, dass Anwälte, die eine Dienstleistung nach Art. 2 E-GwG für Sitzgesellschaften erbringen, neu ein Revisionsunternehmen beauftragen müssen, zu prüfen, ob sie ihre GwG-Sorgfaltspflichten einhalten. Sie sind verpflichtet, dem Revisionsunternehmen alle für die Prüfung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die nötigen Unterlagen herauszugeben. Mit der Revision beauftragt werden können nur Revisionsunternehmen nach Art. 6 RAG.⁴⁵

Die Prüfung besteht aus drei Teilbereichen: Einer Risikoanalyse gefolgt von einer Prüfung der Vollständigkeit der Dokumentation sowie einer Prüfung der Einhaltung der Sorgfalts- und Meldepflichten.⁴⁶ Damit diese Prüfungshandlungen vollzogen werden können, muss der Anwalt dem Revisionsunternehmen eine umfassende Einsicht in die dem GwG unterstellten Dossiers gewähren. Der Revisor hat die Aufgabe, zu prüfen, ob der Anwalt bei der Beratung von juristischen Personen die Abgrenzung zwischen operativ tätigen Gesellschaften und Sitzgesellschaften nach den einschlägigen Kriterien korrekt vorgenommen hat. Somit besteht die Gefahr, dass der Anwalt dazu verpflichtet wird, dem Revisionsunternehmen eine (anonymisierte) Liste aller Mandate für juristische Personen vorzulegen und anschliessend die vom Revisionsunternehmen für eine Stichprobe ausgewählten Dossiers vollständig offenzulegen.

2. Verletzung des Berufsgeheimnisses

A) Bedeutung

Das Berufsgeheimnis ist ein zentraler Pfeiler des Rechtsstaates. Es bildet die Basis für die Vertrauenswürdigkeit des Anwalts und das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient. Das Berufsgeheimnis ist eine der wichtigsten Grundlagen für eine sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Anwaltsberufes und eine Voraussetzung dafür, dass der Klient den Anwalt überhaupt aufsucht.⁴⁷ Das Berufsgeheimnis liegt auch im öffentlichen Interesse, denn die Vertrauenswürdigkeit der Anwälte ist eine Bedingung dafür, dass sie ihre Aufgaben in der Rechtspflege erfüllen können, und die Vertrauenswürdigkeit steht und fällt mit der Wahrung der Geheimhaltungspflicht.⁴⁸

B) Typische und atypische Tätigkeiten

Nach der gefestigten Bundesgerichtspraxis unterliegt dem Berufsgeheimnis die gesamte anwaltstypische Tätigkeit. Darunter fällt nicht nur die forensische Tätigkeit, sondern auch die Beratung von Klienten in Rechtsfragen, das Verhandeln und Abschliessen von Rechtsgeschäften, das Ab-

fassen rechtlicher Dokumente, das Erteilen rechtlicher Ratschläge und das Erstellen von Rechtsgutachten bzw. Second opinions.⁴⁹ Gemäss einem neueren Urteil des Bundesgerichts fällt die Beratertätigkeit des Anwalts im Vorfeld der Gründung einer Gesellschaft ebenfalls unter das Berufsgeheimnis.⁵⁰

Nicht geschützt ist demgegenüber die atypische Anwaltstätigkeit. Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind damit mandatsfremde Tätigkeiten des Anwalts, mithin Aktivitäten ausschliesslich oder überwiegend persönlicher, politischer, wirtschaftlicher oder sozialer Natur.⁵¹ Dazu gehören etwa die Ausübung von Verwaltungsrats-, Vermögensverwaltungs-, Treuhand- oder Revisionsmandaten sowie die Tätigkeit als Finanzintermediär.⁵² Unter diese Kategorie fallen auch Dienstleistungen, welche die Gründung einer Gesellschaft im engeren Sinn betreffen, d. h. die Mitwirkung bei der Erarbeitung jener Unterlagen, die anschliessend an das Handelsregisteramt weitergeleitet werden und nicht in den Händen des Anwalts bzw. des Mandanten verbleiben.⁵³

Der Anwalt hat das Berufsgeheimnis gegenüber jedermann einzuhalten. Ohne Bedeutung ist, ob der Dritte, dem der Anwalt von einem Geheimnis Kenntnis verschafft, seinerseits einem Amts- oder Berufsgeheimnis untersteht; der Anwalt muss das Berufsgeheimnis auch gegenüber Berufskollegen und Behörden wahren.⁵⁴

C) Regelung im E-GwG

Die bewährten Grundsätze zum Berufsgeheimnis sollen nach dem Willen des Bundesrates im Anwendungsbereich des GwG nicht (mehr) gelten. Sobald eine anwaltstypische Dienstleistung für eine Sitzgesellschaft oder einen Trust erbracht wird, muss der Anwalt gegenüber dem Revisionsunternehmen neu Informationen offenlegen, die unter das Berufsgeheimnis fallen. Wie gesehen besteht sogar die Gefahr, dass der Revisor Einsicht in Dossiers nimmt, die keinen Bezug zum GwG bzw. zu einer Sitzgesellschaft haben.

D) Fazit

Die Aufhebung des Berufsgeheimnisses zur Kontrolle der Sorgfaltspflichten der Anwälte nach GwG ist im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nicht gerechtfertigt. Der Zweck der Kontrollen kann durch eine mildere

⁴⁵ SR 221.302.

⁴⁶ ANDREAS LUKAS HAGI/STEPHAN TSCHABOLD, in: SHK Geldwäschereigesetz, N 24 zu Art. 15.

⁴⁷ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, § 2, N 457.

⁴⁸ GAUDENZ G. ZINDEL, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, N 1 zu Art. 13.

⁴⁹ WALTER FELLMANN, a. a. O., § 2, N 458. BGE 115 Ia 197.

⁵⁰ GAUDENZ G. ZINDEL, a. a. O., N 118 ff. zu Art. 13.

⁵¹ Bundesgerichtsurteil 1B_264/2018 vom 28. 9. 2018, E 2.1 und 2.2.

⁵² GAUDENZ G. ZINDEL, a. a. O., N 126 zu Art. 13.

⁵³ GAUDENZ G. ZINDEL, a. a. O., N 122 zu Art. 13; BGE 132 II 103.

⁵⁴ Bundesgerichtsurteil 1B_264/2018 vom 28. 9. 2018, E 2.1 und 2.2.

⁵⁵ WALTER FELLMANN, a. a. O., § 2, N 491.

Massnahme erreicht werden, wie sie bereits heute für Anwälte vorgesehen ist, die als FI im vom Berufsgeheimnis nicht geschützten Tätigkeitsbereich aktiv sind. Der Entwurf sollte also dahingehend modifiziert werden, dass die Prüfung von Anwälten ausschliesslich durch eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) erfolgt. Die Prüfungshandlungen müssten sich darauf beschränken, zu überprüfen, ob der Anwalt ein internes Kontrollsystem implementiert hat, das die Einhaltung der GwG-Sorgfaltspflichten gegenüber den Kunden gewährleistet, damit das Berufsgeheimnis gewahrt bleibt.

V. Sanktionen und Kosten

1. Sanktionen

A) GwG

Die vorsätzliche Verletzung der Prüfpflicht wird gemäss Art. 38 E-GwG mit einer Busse bis zu CHF 100 000.– bestraft; bei Fahrlässigkeit droht eine Busse bis zu CHF 10 000.–.

B) Strafrecht

Anwälte unterstehen, wie jedermann,⁵⁵ der Strafandrohung von Art. 305^{bis} StGB. Anstiftung und Gehilfenschaft zur Geldwäscherei ist strafbar, darunter fallen insbesondere Tatbeiträge wie Planung und Beratung.⁵⁶ Subjektiv genügt Eventualvorsatz. Unterlassungen oder Zuwiderhandlungen im Zusammenhang mit den vorgenannten Sorgfaltspflichten könnten zur Begründung des Eventualvorsatzes und damit zu einer Bestrafung führen, sofern die Verhaltensweise bzw. Unterlassung geeignet ist, die von Art. 305^{bis} StGB geschützten Interessen (staatlicher Einziehungsanspruch) zu vereiteln.

C) BGFA

Gemäss der in Art. 12 Bst. a BGFA statuierten allgemeinen Sorgfaltspflicht hat der Anwalt die Interessen des Klienten ausschliesslich mit rechtlich zulässigen Mitteln zu wahren. Er muss sich an Recht und Gesetz halten.⁵⁷ Unterlassungen und Zuwiderhandlungen als Berater im Bereich des GwG hätten somit Disziplinar massnahmen nach Art. 17 BGFA zur Folge.

2. Kosten

Die Aufsichtsprüfung eines der FINMA direkt unterstellten Finanzintermediärs (DUFI) beanspruchte 2016 im Durchschnitt rund 39 Arbeitsstunden und führte für den Betroffenen zu Kosten von CHF 8500.–.⁵⁸ Die Streuung der Arbeitsstunden reicht je nach Anzahl und Komplexität der dem GwG unterstellten Kundendossiers von 25 bis 180 Stunden, mithin von CHF 6000.– bis CHF 40 000.– für

die Kosten der Aufsichtsprüfung. Der Bundesrat geht davon aus, dass ein Berater, der nur gelegentlich in das Geschäft mit Sitzgesellschaften oder Trusts involviert ist und z. B. zehn Kundendossiers führt, mit jährlich wiederkehrenden Kosten von ca. CHF 6000.– rechnen muss⁵⁹. Darin nicht eingerechnet ist der interne Compliance-Aufwand des Beraters. Im Ergebnis könnte die Revision also dazu führen, dass sich die Abwicklung von vereinzelt Mandaten für Sitzgesellschaften für kleinere Anwaltskanzleien finanziell nicht mehr rechnet und selbige de facto von diesem Marktsegment ausgeschlossen werden.

VI. Schlussbemerkung

Mit der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts mit internationalen Standards verfolgt der Bundesrat zweifelsohne hehre Ziele, die von der Anwaltschaft unterstützt werden. Mit dem vorliegenden Entwurf werden jedoch bei der Definition des Geltungsbereichs und der Einführung einer Prüfpflicht bewährte Grundkonzeptionen des GwG und des Berufsgeheimnisses ohne Not aufgegeben. Die Unterstellung von Beratern unter das GwG, losgelöst von jeder transaktionsbasierten Herangehensweise, führt zu einer ausufernden Erfassung von Dienstleistungen sowie Unsicherheiten und Widersprüchen in der Anwendung des GwG. Für reine Beraterdienstleistungen ohne direkten Bezug zu einer Finanztransaktion würden ein erheblicher interner Aufwand und hohe externe Kosten generiert, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Risiko der Geldwäscherei und zum generierten Honorar stehen. Schliesslich unterscheiden sich beratende Anwälte hinsichtlich der personellen und finanziellen Ressourcen einerseits und der Möglichkeit zur Einflussnahme auf Finanztransaktionen andererseits grundlegend von jenen Rechtssubjekten, die heute dem GwG unterstellt sind. In der parlamentarischen Beratung besteht Handlungsbedarf, um eine kohärente und praxistaugliche GwG-Revision umzusetzen.

⁵⁵ MARK PIETH, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2018, N 1 zu Art. 305^{bis} StGB.

⁵⁶ MARC FORSTER, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2018, N 22 zu Art. 25 StGB.

⁵⁷ WALTER FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, a. a. O., N 36 zu Art. 12.

⁵⁸ BBI 2019 5545.

⁵⁹ BBI 2019 5545, 5546.