

Christian Lippuner*

Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – eine Übersicht

Stichworte: Finanzintermediär, Geldwäscherei, Anwaltshonorar, Meldepflicht

Geldwäschereispezifische Risiken existieren für jeden Anwalt/Notar.¹ Sei es, dass er als Finanzintermediär fremdes Vermögen verwaltet, sei es, dass er im Finanz- und Wirtschaftsbereich juristische Dienstleistungen anbietet oder indem er als Strafverteidiger Honorare entgegennimmt. Ziel dieses Artikels ist es, in einem ersten Teil auf die verschiedenen Risiken aufmerksam zu machen und einige der Pflichten auszuleuchten, die er zu beachten hat. In einem zweiten Teil (Anwaltsrevue Nr. 9/2012) sollen zwei spezifische Risiken, nämlich die Annahme möglicherweise geldwäscherei-kontaminierter Honorare und die Meldepflicht nach Art. 9 GwG, näher beleuchtet werden.

Mit Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der GAFI-FATF² wurden auf den 1. Februar 2009 diverse Änderungen des GwG³ in Kraft gesetzt und dessen Anwendungsbereich auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor ausgedehnt.⁴ In Vorbereitung ist bereits eine weitere Ausweitung des GwG-Anwendungsbereichs. Vorgeesehen ist unter anderem die Umsetzung einiger der sog. «40 + 9 Recommendations» der FATF. Damit einhergehen würde die Ausdehnung des GwG auf die Bekämpfung der Finanzierung von Proliferation (Verbreitung von Massenvernichtungswaffen) und die Einführung einer Meldepflicht analog zu derjenigen der Terrorismusfinanzierung.⁵

1. Vorbemerkung

Bekanntlich ist das GwG auf Anwälte/Notare nur anwendbar, wenn sie sich als Finanzintermediär (im Folgenden nur «FI») und damit im akzessorischen Bereich ihrer Berufstätigkeit bewegen, also im nicht vom Berufsgeheimnis geschützten Bereich Finanzdienstleistungen im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG erbringen.

Zu den berufsspezifischen Tätigkeiten gehören alle forensischen Tätigkeiten, die aufgrund der nationalen oder kantonalen

Gesetze nur von einem Anwalt/Notar ausgeübt werden können, aber auch die klassische, nicht forensische Beratungstätigkeit.^{6,7}

2. Pflichten und Risiken des Anwalts/Notars

Die Pflichten und Risiken des FI sind in verschiedenen Rechtsgebieten angesiedelt, wobei sich diese überschneiden können. Eine Handlung kann somit Sanktionen verschiedener Natur und verschiedener Instanzen nach sich ziehen.

Eine erste Risikosphäre ist dem *Verwaltungsrecht* zuzuordnen. Beim GwG handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Erlass, welcher als Rahmengesetz Kernsorgfaltspflichten aufstellt.⁸ Zudem enthält das GwG auch verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen.

Eine weitere Risikosphäre liegt im *Verhältnis des Anwalts/Notars als FI zu einer SRO*, der er zwingend angeschlossen sein muss. Nach den neuen Regulatorien der SRO SAV/SNV handelt es sich hierbei um ein vereinsrechtliches Konstrukt. Die SRO SAV/SNV nimmt quasi-hoheitliche Aufgaben wahr, indem sie eine von der FINMA bewilligte und kontrollierte Selbstregulierung sicherstellt.

Die «Ur-Norm», d.h. das Geldwäschereiverbot im Sinne einer dritten Risikosphäre ist eine Norm des *Strafrechts*, wobei hier die Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB die zentrale Rolle einnehmen.

Da Basis einer jeden Finanzintermediation die Kundenbeziehung ist, spielt schliesslich auch das *Privatrecht* eine wichtige Rolle und stellt damit eine weitere Risikosphäre dar.

2.1 Verwaltungsrecht

Wie in der Aufsichtsgesetzgebung üblich hat die FINMA gestützt auf Art. 20 i.V.m. Art. 37 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) das Recht, einem ihr direkt unterstellten FI (als ultima ratio) die Bewilligung zur Ausübung der Finanzintermediationstätigkeit zu entziehen. Das bewirkt bei juristischen Personen sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften deren Auflösung, bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister, sofern sich deren Tätigkeiten ausschliesslich auf Finanzintermediation beschränken. Nicht bewilligungspflichtige Tätigkeiten können selbstverständlich weiterhin betrieben werden. Da sich Anwälte/Notare

* Lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen, Informationsbeauftragter der SRO SAV/SNV. (Nachfolgend wird die persönliche Auffassung des Autors vertreten.)

¹ Im Folgenden wird nur die männliche Form verwendet. Dabei ist selbstverständlich die weibliche jeweils gleichberechtigt mitverstanden.

² Groupe d'action financière – Financial Action Task Force.

³ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor, SR 955.0.

⁴ AS 2009 361 367; BBl 2007 6269.

⁵ INTERNATIONAL STANDARDS ON COMBATING MONEY LAUNDERING AND THE FINANCING OF TERRORISM & PROLIFERATION; The FATF Recommendations, February 2012. Lit. C., Ziffer 7., Seite 13, <http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/fatfrecommendations2012.html>

⁶ ANDREAS ROHR, Bin ich Finanzintermediär?, Bern 2004, S. 112 ff.

⁷ MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Diss. Zürich 2005, S. 234 ff.

⁸ Gemäss Botschaft zum GwG (BBl 1996 III 1115) handelt es sich dabei um ein «polizeiliches Rahmengesetz mit Selbstregulierung».

nicht direkt der FINMA unterstellen lassen können, sondern sich einer SRO anschliessen müssen (Art. 15 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 4 GwG), sind sie von dieser Bestimmung nur mittelbar betroffen. So z.B. dann, wenn sie eine Organfunktion bei einem direkt unterstellten FI ausüben.

Die FINMA kann – als weniger einschneidende Massnahmen – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen z.B. auch für eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgen (Art. 31 FINMAG), Feststellungsverfügungen erlassen (Art. 32 FINMAG) oder Berufsverbote aussprechen (Art. 33 FINMAG).

Gemäss ihrem Jahresbericht hat die FINMA 2011 u.a. fünf unbewilligte Institute liquidiert und über deren 25 den Konkurs eröffnet.⁹

2.2 Verwaltungsstrafrecht

a) Finanzintermediation ohne Bewilligung (Art. 44 FINMAG)

Art. 44 FINMAG droht vorsätzlich ohne Bewilligung tätigen FI Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe an. Bemerkenswert ist dabei, dass die fahrlässige Begehung ebenfalls strafbar ist und mit einer Busse bis zu CHF 250 000.– sanktioniert werden kann. Für Wiederholungstäter innert 5 Jahren beträgt die Geldstrafe mindestens 45 Tagessätze.

Bei juristischen Personen (z.B. als sog. Anwalts-AG konstituierten Aktiengesellschaften) trifft die Pflicht zur Unterstellung der Gesellschaft deren Organe. Bei entsprechenden Verstössen wird nach Art. 6 VStrRG (Verwaltungsstrafrechtsgesetz) diejenige natürliche Person bestraft, welche gemäss der internen Organisation für das Einholen der Bewilligung bzw. den Anschluss an eine SRO zuständig ist bzw. wäre.¹⁰ Allerdings kann nach Art. 49 FINMAG unter bestimmten Voraussetzungen von der Ermittlung der strafbaren Personen abgesehen und an ihrer Stelle der Geschäftsbetrieb zur Bezahlung der Busse verurteilt werden.

Anwälte/Notare können somit in zweierlei Hinsicht von verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen betroffen sein: Einerseits dann, wenn sie selbst als FI tätig sind, ohne sich einer SRO angeschlossen zu haben. Andererseits droht ein Risiko aber auch bei der Ausübung von Verwaltungsratsmandaten in im Finanzbereich tätigen Gesellschaften.

b) Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG) und Missachten von Verfügungen der FINMA (Art. 48 FINMAG)

Auch das Unterlassen einer Meldung an die MROS nach Art. 9 GwG, obwohl der begründete Verdacht einer geldwäscherei-relevanten Handlung besteht, steht unter drastischen Strafordrohungen. Bei vorsätzlicher Begehung droht eine Busse bis CHF 500 000.–; liegt «nur» Fahrlässigkeit vor, kann immer noch eine Busse bis CHF 150 000.– verfügt werden (Art. 37 GwG).

Dabei besteht echte Konkurrenz zwischen Art. 37 GwG und den Sanktionen, welche die SRO bei Verletzung der Meldepflicht

verhängen, was zu einer doppelten Bestrafung der Anwälte/Notare führen kann.¹¹

Nach Art. 48 FINMAG kann die FINMA gegenüber den ihr direkt unterstellten FI unter Hinweis auf die Strafordrohung dieser Bestimmung Bussen bis CHF 100 000.– verhängen, sofern sie rechtskräftige Verfügungen oder Entscheide von Rechtsmittelinstanzen nicht beachten. Art. 48 FINMAG stellt m.a.W. das verwaltungsrechtliche Pendant zu Art. 292 StGB dar. Wiederum sind davon jedoch nur diejenigen Anwälte/Notare betroffen, die z.B. eine Organfunktion bei einem der FINMA direkt unterstellten FI ausüben.

2.3 Strafrecht

a) Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)

Geldwäscherei durch einen Anwalt/Notar kann selbstverständlich auch in anderem Zusammenhang als im Rahmen einer FI-Tätigkeit begangen werden.^{12,13} Dabei ist wichtig zu wissen, dass das durch Art. 305^{bis} StGB sanktionierte Verhalten zwar in der Vereitelung des Zugriffs der Strafbehörden auf eine Verbrechenbeute liegt. Allerdings muss es dabei nicht zwingend zu einer effektiven Vereitelung kommen. Es genügt bereits eine Verhaltensweise, die lediglich geeignet ist, die von Art. 305^{bis} StGB geschützten Interessen (den staatlichen Einziehungsanspruch) zu vereiteln. So kann die Übertragung von Geldern auf Strohmänner oder auf zu gründende Gesellschaften bereits die Voraussetzungen von Art. 305^{bis} StGB (allenfalls auch nur in Form einer Teilnahmehandlung) erfüllen.¹⁴

Ebenfalls bemerkenswert ist die seit 1. Januar 2007 gültige neue Strafordrohung von Art. 305^{bis} StGB. Als Strafrahmen gilt neu eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Damit kann sich eine Geldstrafe wegen Geldwäscherei auf über CHF 1 Mio., im Falle von qualifizierter Geldwäscherei sogar auf bis zu CHF 1,5 Mio. belaufen.

b) Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB)

Unter Strafe stellt weiter Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB das Versäumnis eines FI, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen. Diese zentrale Pflicht eines jeden FI wird unter anderem in Art. 4 GwG und – für die der SRO SAV/SNV angeschlossenen Anwälte/Notare – durch die Art. 31 ff. des Reglements SRO SAV/SNV konkretisiert.

9 www.finma.ch/d/finma/publikationen/Seiten/jahresberichte.aspx

10 Diese Personen tragen nach Art. 8 GwG auch die Verantwortung dafür, dass die notwendigen organisatorischen Massnahmen getroffen werden.

11 CHRISTOPH K. GRABER/DOMINIK OBERHOLZER, Das neue GwG, Zürich 2009, Rz. 9 zu Art. 37, Seite 182.

12 Ein sehr illustratives, geradezu klassisches Beispiel dafür liefert der Sachverhalt im Bundesgerichtsurteil 68_999/2008.

13 Auf den Geldwäschereitätbestand im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Anwaltshonoraren und -vorschüssen wird in einem zweiten Teil eingegangen werden.

14 GÜNTHER STRATENWERTH/WOLFGANG DONATSCH, Schweiz. Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2009, Rz. 6 zu Art. 305^{bis} StGB, S. 560.; BGE 127 IV 26.

2.4 Zivilrecht

Selbstverständlich erwachsen dem Anwalt/Notar auch im Verhältnis zu seinem Klienten (Kundenbeziehung) Pflichten und damit Risiken. In aller Regel wird dabei von einem Auftragsverhältnis auszugehen sein, sodass Art. 398 OR massgebend ist. Danach haftet der Anwalt/Notar für eine treue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Mandates. Diese Haftungsrisiken sind jedoch klassischer privatrechtlicher Natur und sollen hier nicht weiter erläutert werden.

2.5 Das Verhältnis zur Selbstregulierungsorganisation

a) Natur des Rechtsverhältnisses

Beim Verhältnis zwischen FI und SRO stehen sich zwei Privatrechtssubjekte gegenüber, obwohl die SRO auf einem Gesetz öffentlich-rechtlicher Natur, dem GwG, gründet.

Vor diesem Hintergrund – öffentlich-rechtliche gesetzliche Grundlage vs. Finanzintermediär und SRO als Privatrechtssubjekte – stellt sich die Frage, ob dieses Verhältnis ein privatrechtliches oder öffentlichrechtliches ist.

Das Reglement Schiedsgericht SRO SAV/SNV sieht in Art. 37 vor, dass gegen Entscheide eines SRO-Schiedsgerichtes die Beschwerde gemäss Art. 389 ff. und die Revision gemäss Art. 396 ff. der Schweiz. ZPO vorbehalten bleiben.¹⁵

Das Obergericht des Kantons Zürich trat jedoch auf die (noch unter der Herrschaft der alten Zivilprozessgesetzgebung) angehobene Nichtigkeitsbeschwerde eines FI nach Art. 36 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit gegen den Sanktionsentscheid eines Einzelschiedsrichters einer anderen SRO (als derjenigen des SAV/SNV) nicht ein.¹⁶ Es verneinte die privatrechtliche Natur der angefochtenen Busse und vertrat die Ansicht, die Rechtsgrundlage für die durch die SRO auferlegte Busse bilde eine öffentlich-rechtliche und damit nicht schiedsfähige Beziehung. Demgegenüber trat das Tribunale d'appello des Kantons Tessin kurz nach dem Entscheid des Zürcher Obergerichtes am 23. Mai 2005 ohne weiteres auf die Nichtigkeitsbeschwerde eines FI gegen den Sanktionsentscheid eines SRO-Schiedsgerichtes ein.¹⁷

Die bundesrätliche Botschaft zum Geldwäschereigesetz äussert sich zu dieser Frage wie folgt: «Die Selbstregulierungsorganisationen sind frei, was für Sanktionen sie für Verstösse gegen ihre Reglemente vorsehen wollen. In jedem Fall handelt es sich jedoch um privatrechtliche Sanktionen, d.h. um Konventionalstrafen und verbandsrechtliche Massnahmen. Diese sind von den strafrechtlichen Sanktionen zu unterscheiden und können grundsätzlich parallel dazu verhängt werden.»¹⁸

Demgegenüber sprechen sich gewisse Autoren dafür aus, dass von einer SRO gefällte Entscheide verwaltungsrechtlicher Natur seien.¹⁹ In der Tat ist nicht zu verkennen, dass die Sanktionsgewalt aller SRO auf einem verwaltungsrechtlichen Rechtserlass (GwG) und einem ebenso verwaltungsrechtlichen Rechtsakt (Genehmigung des SRO-Reglements) basieren.²⁰

Für die privatrechtliche Natur spricht auf der anderen Seite, dass gewisse Verstösse eines Finanzintermediärs parallel sowohl von der SRO als auch von den staatlichen Straforganen sanktioniert werden können. Würde in solchen Fällen sowohl eine Sanktionierung durch die staatlichen Strafbehörden als auch durch eine SRO erfolgen und würde man die Sanktion einer SRO als öffentlich-rechtlich qualifizieren, müsste darin konsequenterweise ein Verstoß gegen den Grundsatz «ne bis in idem» (Verbot der doppelten Bestrafung) gesehen werden.

Dies war aber nicht der Wille des Gesetzgebers, der eine Sanktionsgewalt der SRO ausdrücklich vorsah und im GwG statuiert hat.²¹

b) Pflichten und Sanktionierung

Die den als FI tätigen Anwälten/Notaren obliegenden Pflichten sind im 2. Kapitel des GwG (Art. 3–8) festgelegt. Es sind dies die Sorgfaltspflichten einerseits (Identifikation der Vertragspartei, Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, erneute Identifizierung, Abklärungspflichten, Dokumentationspflicht, organisatorische Massnahmen) und die Pflichten bei Geldwäschereiverdacht (Meldepflicht, Vermögenssperre, Informationsverbot) andererseits.

Bei deren Verletzung droht eine Sanktion durch die SRO einerseits und die staatlichen Strafbehörden andererseits, so z.B. im Falle von Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB) oder etwa der Meldepflichtverletzung (Art. 37 GwG). Keine doppelte Sanktionierung greift Platz beim Verstoß gegen die Pflicht zur Vermögenssperre (Art. 10 GwG) und der Verletzung des Informationsverbotes (Art. 10a GwG), sind hier doch keine verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen vorgesehen. Hier bleibt es bei den SRO-Strafen.

Bei lediglich «leichteren» Verstössen durch Anwälte/Notare droht in der Praxis «nur» eine Sanktionierung durch die Disziplinarkommission der SRO SAV/SNV. Der Sanktionenkatalog reicht dabei von der Aussprechung einer Verwarnung/eines Verweises über die Verhängung einer Busse bis CHF 100 000.–, dem Fernhalten eines Mitarbeiters oder Partners von der Finanzintermediationstätigkeit bis hin zum Ausschluss bzw. der Nichtaufnahme eines FI in die SRO SAV/SNV (Art. 38 Statuten SRO SAV/SNV).

15 Materiell entscheidet das Schiedsgericht SRO SAV/SNV letztinstanzlich (Art. 64 Statuten SRO SAV/SNV; Art. 37 Satz 1 VerFO SRO SAV/SNV).

16 Beschluss vom 14. März 2005, publiziert in ZR 104 (2005), Nr. 47.

17 Erwähnt bei MATTHIAS KUSTER, Zur Rechtsnatur der Sanktionsentscheide von Selbstregulierungsorganisationen und der Schweizer Börse, AJP 2005, S. 1503.

18 BBl 1996 III 1149.

19 MICHAEL PFEIFFER/PHILIPPE SPITZ, Geldwäschereigesetz: Bin ich Finanzintermediär? – Voraussetzungen und Pflichten des Finanzintermediärs, BJM 2000, S. 70.

20 Vgl. auch den Schiedsspruch der SRO SAV/SNV vom 29. Juni 2009, E. 2.9, Seite 9. www.sro-sav-snv.ch/de/07_rechtssprechung/02_sg.htm.

21 KUSTER (Fn. 17), S. 1507.